

UiO • Det juridiske fakultet

Fotografier i pressen

En fremstilling av reglene om pressens bruksrett, herunder forholdet til fotografens rettigheter samt den avbildedes vern ved personfotografier.

Kandidatnummer: 520

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 952



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Avhandlingens tema og formål.....	1
1.2	Avgrensninger.....	2
1.3	Historikk	3
1.4	Rettskilder	5
1.4.1	Generelt om rettskildebildet	5
1.4.2	Lovbestemmelser.....	5
1.4.3	Forarbeider.....	6
1.4.4	Rettspraksis.....	6
1.4.5	Internasjonale konvensjoner	7
1.4.6	EØS-retten	8
1.5	Begrepsavklaring	9
1.6	Den videre fremstillingen	9
2	VILKÅRENE FOR OG INNHOLDET I FOTOGRAFENS VERN.....	11
2.1	Sondringen mellom fotografiske verk (åvl. § 1) og fotografiske bilder (åvl. § 43a).....	11
2.2	Åvl. § 1.....	11
2.2.1	Vilkårene for vern.....	11
2.2.2	De enkelte vilkårene	12
2.2.3	Subjekt for retten	15
2.3	Åvl. § 43a.....	16
2.3.1	Vilkårene for vern.....	16
2.3.2	Subjekt for retten	18
2.4	Innholdet i eneretten til det fotografiske verket og bildet.....	19
2.4.1	Økonomiske rettigheter: lovhjemlene	19
2.4.2	Eksemplarframstillingsretten.....	20
2.4.3	Tilgjengeliggjøringsretten	22
2.5	Ideelle rettigheter	24
2.6	Vernetid.....	27
2.6.1	Generelt	27
2.6.2	Vernetid for fotografiske verk	28

2.6.3	Vernetid for fotografiske bilder	28
2.6.4	Vernetid for fotografier tatt før lovendringen i 1995	28
2.7	Vernet for utenlandske fotografier i Norge	29
2.7.1	Utenlandske fotografiske verk	29
2.7.2	Utenlandske fotografiske bilder	31
2.8	Retten til eget personbilde etter åvl. § 45c	32
2.8.1	Generelt	32
2.8.2	Vernet personkrets	35
2.8.3	Vernetid	36
3	PRESSENS RETT TIL Å BRUKE FOTOGRAFIER.....	37
3.1	Generelt om hjemmelsgrunnlagene	37
3.2	Åvl. § 23a: «reportasjeregelen»	41
3.2.1	Omtale av dagshending	41
3.2.2	Fotografiet som en del av bakgrunnen eller med en underordnet rolle i sammenhengen	46
3.3	Åvl. § 45c første ledd bokstav a: «aktuell og allmenn interesse»	47
3.4	Publisering på avtalegrunnlag	51
3.4.1	Avtale med fotografen m.m.	51
3.4.2	Samtykke fra den avbildede – generelt	53
3.4.3	Samtykke fra den avbildede – rekkevidden og gjenbruk	55
3.5	Bildekreditering	57
3.6	Presseetiske normer	57
4	AVSLUTTENDE KOMMENTAR.....	59
5	KILDELISTE.....	61
5.1	Litteratur	61
5.1.1	Bøker	61
5.1.2	Artikler	61
5.2	Lovgivning	64
5.2.1	Norske lover	64
5.2.2	Utenlandske lover	64
5.2.3	Forskrifter	64

5.3	Konvensjoner	64
5.4	EU-direktiver	65
5.5	Forarbeider	65
5.6	Rettspraksis	65
5.6.1	Norsk rettspraksis	65
5.6.2	Utenlandsk rettspraksis	66
5.7	Nettressurser	66
5.8	E-postkorrespondanse	67
5.9	Intervjuobjekter	67

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og formål

Hver eneste dag publiseres utallige fotografier i pressen. Fotografiet har i denne sammenheng ulike funksjoner og kan blant annet være knyttet til en tekst, det kan benyttes som et illustrasjonsfoto eller fotografiet kan selv være hovedsaken. Til hvert av fotografiene er det en person som – i egenskap av å være fotografen bak bildet – er opphavsmann eller rettighetshaver i henhold til åndsverkloven¹.

Videre har mange av fotografiene som daglig publiseres mennesker som motiv. Uavhengig av fotografens rettigheter har etter loven også den avbildede et vern knyttet til eget personbilde.

Avhandlingens tema berører kryssende interesser og rettigheter i relasjon til fotografibruk i pressen; *på den ene siden* pressens rettslige adgang til å publisere andres fotografier, og *på den andre siden* fotografens rettigheter til egne fotografier, samt den avbildedes vern.

Temaet er aktuelt ettersom tilgangen til fotografier, i likhet med annet opphavsrettslig beskyttet materiale, er blitt større og betydelig enklere enn den var før den digitale tiden vi nå er i og internett ble allment. Likevel er ikke direkte tilgang til fotografier ensbetydende med at det er fritt frem, verken for «menigmannen» eller for pressen, å utnytte fotografiene etter eget ønske. Retten til egne foto har i dag et veletablert vern i opphavsretten, som i alle brukstilfeller må respekteres.

Formålet med avhandlingen er å gi en fremstilling og vurdering av pressens rett til bruk av fotografier i forhold til fotografens rettigheter, men også forholdet til den avbildedes vern («motivvernet») ved publisering av personbilder vil bli behandlet.

Det vil dermed dels bli gitt en fremstilling av reglene om *fotografibeskyttelsen* i åndsverkloven – både vilkårene for og innholdet i vernet, samt reglene om vernetid.

¹ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 nr. 2 (forkortet «åvl.»).

Og dels vil de mest praktiske rettsgrunnlagene som gjelder for *pressens bruk av fotografier* – lovgrunnlag i åndsverkloven og avtalegrunnlaget – bli redegjort for, med hovedfokus på publisering i tilknytning til fotografens rettigheter, men også i forhold til den avbildedes vern.

1.2 Avgrensninger

Ettersom avhandlingens tema omfatter både *pressens*, *fotografens* og den *avbildedes* rettigheter finner jeg det nødvendig å gjøre noen avgrensninger av hensyn til avhandlingens omfang.

I tilknytning til fotografens rettigheter etter åvl. § 2, jf. § 1 og § 43a samt § 3 og den avbildedes rettigheter etter § 45c tas det ikke sikte på å gi en detaljert fremstilling av vilkårene for og innholdet i vernet, men snarere en generell presentasjon av rettstilstanden.

Under fremstillingen av pressens bruk av fotografier vil det for det første avgrenses mot bruk av fotografier tatt av fast ansatte fotografer, som det aktuelle medium gjerne har bruksrettigheter til i rollen som arbeidsgiver.

Videre vil fremstillingen begrenses til en redegjørelse for de opphavsrettslige og avtalerettslige grunnlagene. Følgelig avgrenses det mot andre rettsområder hvor dette kan være regulert, som for eksempel at en bruk som ikke har hjemmel i åndsverkloven kan være hjemlet i generelle regler om ytringsfrihet. Omvendt kan publisering som er rettmessig etter opphavsretten være i strid med blant annet god forretningsskikk etter markedsføringsretten,² og for personfotografiers vedkommende være ulovlig etter personopplysningsloven, domstolloven eller straffeloven.

Nærmere bestemt vil redegjørelsen begrenses til en behandling av den såkalte *reportasjeregelen* i åvl. § 23a og *avtalegrunnlaget*, da dette er rettsgrunnlagene som har størst betydning i praksis. Og i forhold til avbildedes vern vil den begrenses til en drøftelse av *åvl. § 45c første ledd bokstav a*, som er det mest anvendte alternativet i forhold til bruk av personfotografier i pressen.³

² Jordahl (1996) s. 118.

³ Merknad til åvl. § 45c, skrevet av Jon Wessel-Aas (3. mai 2012), tilgjengelig på <http://www.lovdatab.no>.

1.3 Historikk

I Norge fikk vi vår første lov om beskyttelse av fotografiske bilder i 1877. Loven sikret fotografen visse enerettigheter knyttet til eksemplarframstilling m.m. dersom nærmere angitte formelle vilkår var oppfylt.⁴ Denne loven ble avløst av ny lov av 1909 som hadde gjort endringer i blant annet reglene om enerettens omfang og varighet. Den inneholdt også nyskapte regler om «retten til eget personbilde»⁵, som var tilnærmet like reglene i dagens åvl. § 45c.⁶

Deretter startet et nytt nordisk lovsamarbeid på opphavsrettens område i 1938, primært på bakgrunn av et ønske om å etablere lik lovgivning innenfor Norden.⁷ Samarbeidet resulterte blant annet i fotografi-loven av 17. juni 1960 nr. 1. Loven opererte, i likhet med de tidligere lovene, med kun én kategori fotografier – det *fotografiske bildet*. Fotografer var kritiske til denne rettstilstanden som innebar at fotografier som oppfylte kravene til å karakteriseres som åndsverk ikke var vernet etter åndsverkloven, på lik linje med andre kunstverk, ettersom vernet etter fotografi-loven var mindre omfattende.

Opphavsrettsutvalget⁸ ble nedsatt i 1977 for å utrede behovet for endringer i åndsverklvgivningen, herunder fotografibeskyttelsen. Utvalgets konklusjon, som fremgår av Delutredning IV i NOU 1987:16, var at fotografier som er et resultat av selvstendig skapende innsats burde bli vernet på lik linje med andre kunstverk etter åndsverklovens bestemmelser. Konklusjon ble fulgt i det endelige lovforslaget fra Kulturdepartementet, hvilket resulterte i at fotografi-lovens bestemmelser ble inkorporert i åndsverkloven ved en lovrevisjon i 1995 (fotografi-loven ble samtidig opphevet). Dermed ble også det tosporede systemet for fotografier som vi har i dag innført – med en sontring mellom *fotografiske verk* og *fotografiske bilder* (mer om sontringen nedenfor i punkt 2.1).

⁴ Galtung (1991) s. 4.

⁵ *Ibid.*

⁶ Rognstad (2009) s. 26.

⁷ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 8.

⁸ Utvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 21. januar 1977.

Lovgivningen innenfor opphavsretten, herunder fotografiretten⁹, har historisk også hatt et sterkt internasjonalt preg. Vern for åndsverk ble gitt allerede ved Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886 («BK»)¹⁰, og Norge ratifiserte denne i 1896. Senere er det tilkommet flere internasjonale avtaler på opphavsrettens område som Norge har tiltrådt.

Av internasjonal lovregulering er det i dag likevel EUs regelverk som har hatt størst direkte innflytelse på norsk opphavsrett.¹¹ På grunn av Norges deltagelse i EØS-avtalen¹² blir vår lovgivning direkte berørt av den rettsutviklingen som skjer på opphavsrettens område innenfor EU, særlig gjennom direktiver som vedtas.

Det tok forholdsvis lang tid før EU (da: EF) påbegynte arbeidet med å harmonisere opphavsrettsreglene innenfor fellesskapet¹³, men harmoniseringen var i full gang da EØS-avtalen ble inngått og trådte i kraft.¹⁴ Det er frem til i dag vedtatt ti EU-direktiver¹⁵ på opphavsrettens område, som alle er innlemmet i EØS-avtalen som vedlegg. I tillegg er det gitt et direktiv som omhandler håndheving av immaterielle rettigheter generelt¹⁶, men dette er ikke inntatt i EØS-avtalen.

⁹ «Fotografiretten» er et begrep som henger igjen fra tiden da reglene om fotografier var hjemlet i egen lov.

¹⁰ Bernkonvensjonen er revidert en rekke ganger, senest i Paris i 1971.

¹¹ Rognstad (2009) s. 53.

¹² Avtale om det Europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992, gjennomført i norsk rett ved inkorporasjon i EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109.

¹³ Første tiltaket om harmonisering skjedde da EF-kommisjonen i juni 1988 la frem sitt «Green Paper on Copyright and the Challenge og Technology» (COM (88) 172).

¹⁴ Hermansen (2000) s. 65.

¹⁵ Se http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/acquis/index_en.htm (25.04.2014).

¹⁶ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/48/EF om harmonisering av regler om håndheving av immaterialrettigheter.

1.4 Rettskilder

1.4.1 Generelt om rettskildebildet

Selv om opphavsretten er preget av internasjonal rett er den fremdeles *territoriell* i den forstand at hver nasjon bestemmer innholdet i og håndhever «sine» opphavsrettslover.¹⁷ Utgangspunktet for fremstillingen av fotografiretten vil dermed først og fremst være norsk lovtekst og andre norske rettskilder.

Men det omfattende rettssamarbeidet over landegrensene på opphavsrettens område gjør likevel det internasjonale rettskildematerialet relevant for tolkningen av norske opphavsrettsregler. Særlig må nevnes det nære fellesnordiske lovsamarbeidet, som har medført stor grad av rettsenhet innenfor opphavsretten i de nordiske landene.

Det følgende er ikke ment som en uttømmende presentasjon av rettskildene som er relevante for avhandlingen, men de mest sentrale kildene vil kort presenteres.

1.4.2 Lovbestemmelser

Bestemmelsene som angir *fotografens opphavsrettigheter* er åvl. § 2, jf. § 1 når det gjelder *fotografisk verk* og åvl. § 43a for *fotografiske bilder*.

Den *avbildedes vern* knyttet til eget personfotografi – uansett om fotografiet er et verk eller et bilde – har hjemmel i åvl. § 45c første ledd.

Avgrensninger av fotografens enerett – dvs. lovbestemmelser som gir andre rett til å utnytte åndsverkene og de nærstående rettighetene – finnes i åndsverklovens 2. kapittel. Bestemmelsen som er relevant for avhandlingens tema er åvl. § 23a («reportasjeregelen»).

Tilsvarende er det gjort *avgrensninger i retten til eget bilde* i åvl. § 45c første ledd bokstav a-e, og den aktuelle bestemmelsen for fremstillingen er bokstav a (avbildningen har «aktuell og allmenn interesse»).

¹⁷ Rognstad (2009) s. 41.

1.4.3 Forarbeider

Opphavsrettsutvalgets utredning i NOU 1987:16 var som nevnt grunnlaget for departementets endelige lovforslag om inkorporering av fotografilovens regler i åndsverkloven (Ot.prp. nr. 54 (1994-1995)). Den offentlige utredningen samt proposisjonen er dermed av sentral betydning som rettskilder.

1.4.4 Rettspraksis

Den nyeste saken i tilknytning til det som vidt kan betegnes som «pressens lånerett»¹⁸ er en dom avsagt i Gulating Lagmannsrett (LG-2013-16862). Rettstvisten hadde sammenheng med den i media ofte omtalte «Dung-saken»¹⁹. Dommen knytter seg ikke direkte til de bestemmelsene som skal drøftes i avhandlingen, men den inneholder likevel noen interessante uttalelser som kan være av betydning for pressens bruk av fotografier generelt.

Videre finnes det noe rettspraksis i tilknytning til fotografiretten som vil være av betydning for ulike delspørsmål i fremstillingen – både norsk rettspraksis og praksis fra de andre nordiske landene. Særlig i dommen «Diana Ross» (Rt. 1995 s. 1948) hadde Høyesterett noen vesentlige og generelle uttalelser.

Det er også generelt en del rettspraksis om retten til eget bilde etter åvl. § 45c, men det er begrenset med dommer av relevans for avhandlingens problemstilling. De mest sentrale Høyesterettsdommene er «Memo-saken» (Rt. 2009 s. 265) og «Tromsø 2018-saken» (Rt. 2009 s. 1568), som begge inneholder noen prinsipielle uttalelser i tilknytning til bestemmelsen.

Foruten de nevnte dommene er det lite relevant rettspraksis. Det er bl.a. ingen saker som konkret gjelder tvist om publisering etter åvl. § 23a. Det er avsagt to tingrettsdommer²⁰ som rela-

¹⁸ Uttrykket brukes her i en annen betydning enn etter tidligere åvl. § 14 (før lovrevisjonen i 1995), som gikk ut på at aviser og andre tidsskrift kunne ta inn («låne») artikler fra andre tidsskrift som omhandlet dagsaktuelle religiøse, politiske eller økonomiske spørsmål.

¹⁹ De involverte personene er anonymisert i dommen (se mer i punkt 3.1), men det er kjent gjennom media at den knytter seg til forsvinningssaken som gjelder den da 22 år gamle kvinnen Thi Phuong Dung Tran Larsen, som forsvant i 2007.

²⁰ Se TOSLO-2010-122524 og TOSLO-2013-24137. Saksøker er den samme i begge sakene, men saksøkte er to ulike magasiner.

terer seg til bestemmelsen, men i begge sakene var det erkjent av saksøkte at det forelå krenkelse av fotografens opphavsrett, og sakene begrenset seg dermed til en fastsettelse av vederlagets størrelse.

1.4.5 Internasjonale konvensjoner

Av de ratifiserte internasjonale avtalene på opphavsrettens område er det fortrinnsvis Bernkonvensjonen og TRIPs-avtalen²¹ som er sentrale for fremstillingen.

Bernkonvensjonen av 1886²² ble etablert på bakgrunn av et ønske om å danne en union av land som skulle ha et felles «vern av opphavsmenns rettigheter til sine litterære og kunstneriske verk», jf. art. 1. I definisjonsbestemmelsen BK art. 2 (1) fremgår det at *fotografiske verk* er omfattet.

TRIPs-avtalen gir hovedsakelig bestemmelser som gjelder for immaterialrettigheter generelt, men den har i tillegg egne kapitler som knytter seg til de forskjellige rettsområdene. Opphavsretten og beslektede rettigheter reguleres i avtalens del II, avsnitt 1. TRIPs-avtalen bygger på materielle regler og prinsipper som, da den ble inngått, allerede eksisterte i internasjonale immaterialrettslige konvensjoner, og som for opphavsrettens del er fortrinnsvis Bernkonvensjonen og Romakonvensjonen²³. Avtalen har likevel stor betydning ettersom WTO – i motsetning til WIPO – har et velfungerende tvisteløsningssystem.²⁴

I tillegg er WIPO Copyright Treaty (WCT)²⁵ av betydning. Norge har per i dag ikke tiltrådt denne traktaten, men den har uansett indirekte betydning for norsk rett ettersom den danner grunnlaget for Opphavsrettsdirektivet (se om direktivet straks under i punkt 1.4.6).²⁶ Trakta-

²¹ The Agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property rights. TRIPs er en særavtale under WTO-avtalen (vedlegg 1C), og begge ble undertegnet 15. april 1994 med ikrafttredelse 1. januar 1995.

²² Konvensjonen har siden 1974 vært administrert av World Intellectual Property Organization (WIPO), som ble etablert av FN i 1967 og per i dag (april 2014) har 186 medlemsstater.

²³ Romakonvensjonen for utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsforetak av 26. oktober 1961.

²⁴ Rognstad (2009) s. 53.

²⁵ WIPO Copyright Treaty av 20. desember 1996.

²⁶ Rognstad (2009) s. 47.

ten skal i henhold til art. 1 (1) betraktes som en særavtale til Bernkonvensjonen, jf. BK art. 20, hvilket innebærer at WCT gir opphavsmenn mer vidtgående rettigheter enn det som følger av BK.

1.4.6 EØS-retten

Bestemmelser i EØS-avtalen som har innflytelse på opphavsretten finnes både i form av generelle regler i avtalens hoveddel og særbestemmelser vedrørende opphavsretten i dens vedlegg.

I hoveddelen er det særlig artikkel 4 som er av betydning. Denne angir at:

«Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir.»

Bestemmelsen beskriver det grunnleggende «ikke-diskrimineringsprinsippet» innenfor EØS-retten, som gjelder generelt for alle rettsområder som er inkludert i EØS-avtalen. I opphavsrettslig sammenheng innebærer prinsippet at det vernet som åndsverkloven har etablert for norske åndsverk og nærstående rettigheter må gjelde tilsvarende for verk og rettigheter som stammer fra hele EØS-området, med mindre EØS-avtalen selv gir adgang til unntak. Prinsippet om likebehandling er gjennomført i forskrift til åndsverkloven²⁷ § 6-1.

Av de ti direktivene på opphavsrettens område er det Opphavsrettsdirektivet av 2001²⁸ («Infosoc-direktivet») som er det mest sentrale for avhandlingen. Direktivets målsetting er å harmonisere beskyttelsesnivået for digital utnyttelse av vernede åndsverk og beslektede rettigheter. Artiklene 2-4 gir opphavsmenn og nærstående rettighetshavere en bred enerett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring, men direktivet gir samtidig rom for en rekke nasjonale unntak, jf. art. 5.

²⁷ Forskrift til åndsverkloven av 21. desember 2001 nr. 1563.

²⁸ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

1.5 Begrepsavklaring

Som nevnt er det i åndsverkloven gjort en sontring mellom *fotografiske verk* og *fotografiske bilder*. Begrepet «fotografier» vil brukes som en fellesbetegnelse for begge kategoriene.

For enkelhets skyld vil termen «opphavsmann» anvendes – som er begrepsbruken i åndsverkloven – selv om det er en selvfølge at også kvinner kan ha opphavsrettigheter.

Videre vil enkelte steder begrepet «rettighetshaver» brukes som en fellesbetegnelse på opphavsmenn og rettighetshavere til nærstående rettigheter (om sontringen nedenfor i punkt 2.1).

For språklig variasjon vil «bilde» anvendes i stedet for «fotografi» i noen sammenhenger hvor det er opplagt at det ikke kan være snakk om et fotografisk verk, eller hvor det er uten betydning for de rettslige følgene om det er et fotografisk verk eller bilde som drøftes. For eksempel gjelder dette i relasjon til åvl. § 45c, hvor begrepet «personbilde» er velanvendt i dagligta-
len.

Begrepet «pressen» defineres her som de *skriftlige medier*, og der «media» anvendes vil det være i den samme betydning. Både dagspressen og andre tidsskrift vil være omfattet. Med «dagspressen» menes her *papiraviser* som utgis hver dag samt tilhørende *nettaviser*. Med andre «tidsskrift» menes *ukemagasin*er, slik som helgemagasinene til de nevnte avisene og andre ukeblader.

1.6 Den videre fremstillingen

Av hensyn til å få en oversiktlig fremstilling finner jeg det hensiktsmessig å starte med behandlingen av reglene i åndsverkloven som gjelder *vilkårene for og innholdet i fotografens vern*, samt – når det gjelder personfotografier – den *avbildedes vern* (punkt 2).

Deretter følger redegjørelsen for *pressens rett til bruk av fotografier* (punkt 3). Ved siden av bestemmelser i åndsverkloven som regulerer dette, er en bruksrett ofte basert på avtale.

I tillegg finnes det presseetiske retningslinjer som kan tilsi at en bestemt bruk av fotografier er tvilsom eller utilbørlig, selv om den i utgangspunktet er rettslig tillatt.

Avslutningsvis vil jeg gi en kommentar til dagens rettstilstand og mitt syn på utviklingen av den rettslige beskyttelsen av fotografier og fotografer som yrkesgruppe (punkt 4).

2 Vilkårene for og innholdet i fotografens vern

2.1 Sondringen mellom fotografiske verk (åvl. § 1) og fotografiske bilder (åvl. § 43a)

I åndsverkloven sondres det mellom fotografiske verk og fotografiske bilder. Stort sett alle fotografier er fotografiske bilder i lovens forstand, men kun enkelte er også et fotografisk verk.²⁹ Det avgjørende for om fotografiet kategoriseres som et verk er om det kan anses å ha «verkshøyde» eller ikke.

Vern for fotografiske verk og bilder oppstår i og med oppfyllelse av vilkårene i loven. Dette til forskjell fra andre immaterielle rettigheter, f.eks. patenter og varemerker, som i tillegg forutsetter aktivitet i form av registrering for å oppnå beskyttelse.

Begrepsmessig er vernet for det fotografiske verket en *åndsverkbeskyttelse*, og personen som innehar rettighetene til åndsverket er *opphavsmann*.

Det fotografiske bildet er derimot ikke vernet av selve åndsverkbeskyttelsen, men faller inn under de såkalte *nærstående rettighetene* eller *naborettighetene*. Følgelig er innehaver av rettighetene til det fotografiske bildet heller ikke opphavsmann per definisjon i lovens forstand, men *rettighetshaver*.

Som det vil fremgå i avhandlingen er de praktiske virkningene av om et fotografi anses som et verk eller bilde ikke særlig store, ettersom innholdet i vernet langt på vei er identisk. Skillet er først og fremst av betydning for vernetiden (punkt 2.6), samt for vernet av utenlandske bilder (punkt 2.7).

2.2 Åvl. § 1

2.2.1 Vilkårene for vern

Det følger av åvl. § 1 første og annet ledd:

²⁹ Jongers, *Temamøte om opphavsrett og fotografirett*, s. 12-14, se kildeliste (elektroniske artikler).

«Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket.

Med åndsverk forstås i denne lov litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform, så som...»

Deretter er det i § 1 annet ledd punkt 1-13 listet opp typer av verk som kan karakteriseres som åndsverk,³⁰ såfremt de øvrige vilkårene er oppfylt. At et fotografi kan være et åndsverk følger av § 1 annet ledd nr. 6.

Vilkårene for å være et åndsverk fremgår ikke eksplisitt av bestemmelsen, men kan leses ut av den. For å oppfylle kravene må det:

- foreligge en «frembringelse»
- på det «litterære eller kunstneriske området»,
- av den art at det kan kalles et «åndsverk»

Disse tre kumulative vilkårene kunne man ifølge Knoph utlede fra den tilsvarende bestemmelsen i åndsverkloven av 1930 – som var forgjengeren til dagens åndsverklov, og den første som samlet alle åndsverktyper i samme lov³¹ – og kravene er videreført til dagens åndsverklov, med enkelte omformuleringer.³²

2.2.2 De enkelte vilkårene

2.2.2.1 Frembringelse

Vilkåret om frembringelse følger av uttrykket «skaper et åndsverk» i § 1 første ledd. Ifølge forarbeidene, med henvisning til Knoph,³³ ligger det i uttrykket at det må være snakk om en *nyskaping*. I dette kan igjen innfortolkes at rene gjengivelser eller reproduksjoner av eldre verk aldri vil kunne begrunne et opphavsrettslig vern.

³⁰ Listen er ikke uttømmende, jf. Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 12.

³¹ Rognstad (2009) s. 26.

³² Knoph (1936) s. 62 flg., Rognstad (2009) s. 77.

³³ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 11, jf. Knoph (1936) s. 60-67.

2.2.2.2 På det litterære eller kunstneriske området

Ordlyden i åndsverkloven av 1930 var at et åndsverk måtte forstås som «enhver frembringelse på det litterære, vitenskapelige eller kunstneriske område». I dagens lov er denne formuleringen erstattet med «litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk».

Dagens ordlyd skiller seg dermed fra ordlyden i art. 2 i Bernkonvensjonen, som er bestemmelsen åvl. § 1 er inspirert av, samt de tilsvarende lovreglene i de andre nordiske opphavsrettslovene, som alle bruker uttrykket «område». Imidlertid har det sannsynligvis ikke vært tilsiktet noen realitetsendring fra lovgivernes side, og det gir i alle fall liten mening å tale isolert om *vitenskapelige* verk. Et verk som kan karakteriseres som vitenskapelig vil så å si alltid i tillegg være litterært eller kunstnerisk.³⁴

2.2.2.3 Verksbegrepet

Utover at det må være frembragt et verk på det litterære eller kunstneriske området, følger det av lovforarbeider, rettspraksis og juridisk teori at det stilles nærmere krav til et verks karakter for at det skal få vern som åndsverk.³⁵ Dette betegnes i dag gjerne som et krav om *verks høyde*, og det gir uttrykk for en nedre terskel som den aktuelle frembringelsen må overstige for å være et åndsverk.

I forarbeidene til dagens åndsverklov er en formulering av Knoph, som regnes som et uttrykk for dagens rettstilstand, referert: «[e]ndelig må det som er frembragt være et åndsverk: det må i alle fall i noen grad være uttrykk for *original og individuelt preget åndsvirksomhet* fra opphavsmannens side.»³⁶

Kravet er også kommet til uttrykk i rettspraksis. I dommen «Huldra i Kjosfossen» (Rt. 2007 s. 1329) ble rettstilstanden, i tilslutning til tidligere praksis, uttrykt slik: «[f]or at en frembringelse skal ha karakter av «åndsverk» i åndsverklovens forstand, må den være resultat av en individuelt skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt.»

³⁴ Rognstad (2009) s. 80.

³⁵ *Ibid.* s. 77.

³⁶ Knoph (1936) s. 64, jf. Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 12.

Til tross for Opphavsrettsutvalgets forutsetning om at verkshøydekravet for fotografiske verk skulle være noe høyere enn det alminnelige kravet for åndsverk, tilsier uttalelser i lovproposisjonen³⁷ at lovgiver ikke har tatt forutsetningen til følge:

«Opphavsrettsutvalget forutsatte at verkshøyden for fotografiske verk skulle ligge noe over den verkshøyde som gjelder generelt. Fotografiske bilder var kun unntaksvis ment å skulle oppnå status som åndsverk. En ønsket ikke å danne grunnlag for press på det alminnelige åndsverksbegrepet. [...] Nærværende utkast utligner et slikt eventuelt press i betydelig grad siden vernet for de to typer fotografier ikke innebærer store materielle forskjeller.»

Det er likevel antatt i teorien at de færreste fotografier vil oppfylle det kravet til verkshøyde som man normalt opererer med for billedkunst. Begrunnelsen er at fotografier i større grad enn annen billedkunst er bundet til motivet. I motsetning til f.eks. en maler som starter prosessen med et blankt lerret og tilfører det et personlig preg fra starten av, må en fotograf «overkomme den reint teknisk autentiske avbildinga av sitt motiv før han kan tilføre dette eit personleg særpreg av kunstnarisk art.»³⁸

For at terskelen til verkshøyde skal være oversteget er det ikke tilstrekkelig at fotografiet er fototeknisk godt. Det er de sider ved det fotografiske resultatet som «reflekterer en selvstendig skapergjerning» som gjør det til et fotografisk verk.³⁹ I forarbeidene til lovendringen er denne uttalelsen gitt om forskjellen på et fotografisk verk og bilde:⁴⁰

«Et fotografisk bilde viser hva som faktisk kunne sees fra en bestemt posisjon i et gitt øyeblikk. Et fotografisk verk vil i tillegg til dette ha andre, estetiske referanser; det vil med kunstneriske virkemidler gi uttrykk for noe mer enn de ytre fakta, være fotografens tolkning av det han ser og opplever.»

³⁷ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 9.

³⁸ Holmøyvik (2005) s. 107.

³⁹ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 9.

⁴⁰ *Ibid.*

I de tilfeller hvor fotografen har arbeidet bevisst med komposisjonen gjennom kreative valg av motiv, kameravinkel, lyssetting, rekvisitter m.m. vil det ofte kunne resultere i et fotografisk verk.⁴¹ Det er med andre ord av betydning for verkshøydevurderingen om det er ytt en selvstendig innsats på bakgrunn av flere valgmuligheter.

I likhet med andre typer av kunstneriske og litterære frembringelser vil det også for fotografier bero på en konkret skjønnsmessig vurdering om kravet til verkshøyde er oppfylt eller ikke. En viktig presisering i denne sammenheng er at det ikke skal foretas en bedømmelse av frembringelsens kunstneriske eller estetiske verdi. Det er verkets *art*, ikke kvaliteten, som er avgjørende.⁴²

2.2.3 Subjekt for retten

Av formuleringen «den som skaper et åndsverk» følger det etter en naturlig ordlydstolkning at den originære opphavsmannen⁴³ i praksis må være en fysisk person, da ingen juridisk person har evnen til å skape noe.

Derimot forutsetter loven at opphavsrettigheter kan overdras, jf. § 39 første ledd, og råderetten kan i disse tilfellene erverves av også juridiske personer.

Vanligvis vil opphavsmannen til et fotografisk verk være en profesjonelt utdannet fotograf som lever av fotografyrket. Det er likevel ikke utelukket at en amatør kan frembringe et fotografisk verk, men normalt vil ikke en hobbyfotograf ha arbeidet tilstrekkelig bevisst med komposisjonen av fotografiene sine til å ha ytt en selvstendig skapende innsats i den grad som kreves etter åndsverkloven.

Videre følger det av åvl. § 7 første ledd at som opphavsmann anses «den hvis navn eller alment kjente dekknavn eller merke på sedvanlig måte er påført eksemplar av verket eller blir oppgitt når det gjøres tilgjengelig for almenheten.»

⁴¹ Hannemyr, Lommejuss omkring digitale medier, punkt 5. Se kildeliste (elektroniske artikler).

⁴² Innst. 1950 s. 10, jf. Rognstad (2009) s. 86.

⁴³ I betydningen den opprinnelige opphavsmannen, dvs. den fysiske personen som opphavsretten oppstår hos.

Når det gjelder fotografier vil det vanligvis ikke by på noe problem å avgjøre hvem som er opphavsmannen; som oftest vil det være personen som har betjent kameraet ved å trykke på utløserknappen som innehar rettighetene.

Det er imidlertid rettslig mulig at to eller flere erverver opphavsrett til et fotografi «i fellesskap», jf. § 6 første ledd. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet hvis det er en annen enn fotografen som har arrangert motivet, sørget for lyssetting, arbeidet med bildet etter eksponering, eller på annen måte påvirket det endelige resultatet.⁴⁴ Generelt må det nok likevel kreves betydelig medvirkning for å oppnå opphavsrettigheter til et fotografi som er tatt av en annen person.⁴⁵

2.3 Åvl. § 43a

2.3.1 Vilkårene for vern

Fotografier som mangler verkshøyde vernes som *fotografiske bilder*, se åvl. § 1 tredje ledd, jf. 43a. Av § 43a første ledd følger det at:

«Den som lager et fotografisk bilde, har enerett til å fremstille eksemplar av det, enten det skjer ved fotografering, trykk, tegning eller på annen måte, og gjøre det tilgjengelig for allmennheten.»

I motsetning til fotografiske verk, der vern er betinget av en selvstendig skapende innsats, oppstilles det etter § 43a ingen ytterligere vilkår enn at det er «laget» et fotografisk bilde. Som følge av dette vil et fotografi som regel alltid være et fotografisk bilde i henhold til lovens definisjon (med noen få mulige unntak som jeg kommer tilbake til nedenfor), men ikke alltid et fotografisk verk, se § 43a fjerde ledd. I praksis innebærer dette at så godt som alle fotografier – fra det enkle «snapshot»-bildet som tas med mobilkameraet til de mer profesjonelle reklame- eller pressefotografiene – faller inn under lovens fotografibegrep.

⁴⁴ Fotojuss s. 25. En veiledning utarbeidet av Norsk Kulturråd, se kildeliste (elektroniske artikler).

⁴⁵ Norheim (1998) s. 38; Jordahl (1996) s. 120, jf. Rognstad (2009) s. 292.

At et bilde er «laget» forutsetter likevel at det må oppfylle et fototeknisk kriterium. Innholdet i kriteriet er det samme som fulgte av fotografiloven av 1960, hvilket betyr at bildet må være fremstilt ved «lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale.»⁴⁶

I dag oppfyller stort sett alle bilder dette tekniske kravet, men grensene for hva som omfattes av fotografibegrepet er likevel ikke helt konsise.

På den ene siden er det ikke slik at alle fotografier som er frembragt ved fotografisk teknikk regnes som fotografiske bilder etter loven. For det første faller rene reproduksjoner (kopier) av eksisterende bilder utenfor, selv om gjengivelsen skjer ved fotografisk teknikk.⁴⁷ Videre gjør forarbeidene det klart at «bilder fremstilt ved en digitalisert metode», f.eks. databaserte tegne- og designsystemer, ikke skal anses som fotografiske bilder.⁴⁸ Angivelsen gjelder likevel ikke bilder tatt med digitalkamera; disse er fotografier på lik linje med bilder som lagres på film.⁴⁹

På den andre siden er det motsetningsvis enkelte typer av bilder man umiddelbart ikke forbin-der med fotografibegrepet som likevel omfattes. Blant annet antas det at bilder som er fremstilt ved annen stråleenergi enn lys, f.eks. røntgen, må være vernet som fotografiske bilder.⁵⁰ Det samme gjelder bilder tatt helautomatisk med overvåkningskamera. Av vesentlig større praktisk interesse er likevel at også hvert enkeltbilde i et videoopptak eller i en direktesendt fjernsynssending er et fotografisk bilde i lovens forstand. For videoopptakets vedkommende ble dette fastslått av Høyesterett i saken inntatt i Rt. 1995 s. 1948 (Diana Ross). Saken gjaldt bilder av artisten Diana Ross og mannen Arne Næss med barn, som Se og Hør hadde gjengitt etter en avfotografering av et videoopptak som var blitt sendt på NRK. Det ble i dommen på s. 1953 lagt til grunn at:

«[...] begrepet fotografi i fotografiloven også omfatter bilder som blir laget «på ein måte som likjest fotografering». Det må antas at de enkelte bilder i et videoopptak er å anse

⁴⁶ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 8.

⁴⁷ Lassen (2003) s. 326, med videre henvisninger.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 8.

⁴⁹ Lassen (2003) s. 327, med videre henvisninger.

⁵⁰ Jordahl (1996) s. 117.

som fotografier i lovens forstand, på samme måte som enkeltbilder i en vanlig fotografisk film.»

Etter § 1 i fotografi-loven skulle bilder som var laget på måter «som likjest fotografering» også regnes som fotografier. Denne presiseringen er ikke tatt med i åvl. § 43a, men det fremgår av forarbeidene⁵¹ at utelatelsen ikke innebærer noen realitetsendring.

At også enkeltbildene i direktesendte tv-sendinger faller inn under fotografibegrepet er ikke like opplagt, ettersom disse bildene ikke lagres umiddelbart på noe medium – og spørsmålet har heller ikke vært oppe i rettspraksis. Men jeg er enig med Rognstad i at det vil være rettspolitisk ubegrunnet å sondre mellom tv-opptak og direktesendinger, med den følge at det skal være «fritt frem» å ta avbildninger av tv-skjermen ved direktesendinger og bruke bildene etter eget ønske, mens fotografens rettigheter må respekteres fullt ut dersom det gjelder et opptak.⁵² Hensynene som begrunner et vern for enkeltbildene i et videoopptak gjør seg trolig gjeldende i like stor grad for enkeltbildene i en direktesendt fjernsynssending.

For avfotografering av tv-sendinger gjelder uansett at en bruk av bildene må klareres med kringkasteren av sendingen, jf. åvl. § 45a første ledd bokstav a, som forbyr opptak av «[e]n kringkastingssending eller deler derav».

2.3.2 Subjekt for retten

Subjekt for retten til etter § 43a er «den som lager et fotografisk bilde». På samme måte som for fotografiske verk vil dette vanligvis være den personen som har betjent kameraet, og det vises til drøftelsen under punkt 2.2.3.

Også annet i forbindelse med rettighetssubjektet er gitt tilsvarende anvendelse for det fotografiske bildet som for verket.

Det er for det første mulig at rettighetene til et bilde kan tilfalle to eller flere i fellesskap. Foruten at åvl. § 6 er gjort gjeldende også for de fotografiske bildene gjennom en henvisning fra § 43a tredje ledd, følger det uttrykkelig av § 43a annet ledd annet punktum.

⁵¹ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 36.

⁵² Rognstad (2009) s. 292.

Videre er det i likhet med for fotografiske verk også mulighet for overdragelse av rettighetene til et fotografisk bilde, jf. åvl. § 39 første ledd, jf. § 43a tredje ledd.

Til forskjell fra fotografiske verk er det for bildenes vedkommende en teoretisk mulighet for at rettighetene *oppstår* hos en juridisk person. I forarbeidene fremgår dette uttrykkelig, under henvisning til at fotografiloven § 13 forutsatte at «rettighetshaver kan være en juridisk person» og at det ikke var tilsiktet noen realitetsendring ved lovendringen.⁵³ Imidlertid er det vanskelig å tenke seg eksempler hvor dette kan være tilfelle i praksis, annet enn ved de helautomatiske bildene.⁵⁴

2.4 Innholdet i eneretten til det fotografiske verket og bildet

2.4.1 Økonomiske rettigheter: lovhjemlene

2.4.1.1 Åvl. § 2 – det fotografiske verket

Hva rettighetene til det fotografiske verkets opphavsmann innebærer fremgår av åvl. § 2 første ledd:

«Opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i denne lov enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk.»

Bestemmelsen gjør det klart at opphavsmannen har *enerett* til å råde over sitt eget verk, og at denne innebærer både en *eksemplarfremstillingsrett* og en *tilgjengeliggjøringsrett*.

Enerettighetene har både en *positiv* og *negativ* side: retten til selv å råde over eget verk (positiv) og retten til å forby andre fra å utnytte verket på en slik måte som er omfattet av eneretten (negativ).⁵⁵ Samlet betegnes disse som de *økonomiske rettighetene*. I forarbeidene er begreps-

⁵³ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 36-37.

⁵⁴ Lassen (2003) s. 328-329, jf. Rognstad (2009) s. 292.

⁵⁵ Rognstad (2009) s. 152.

bruken begrunnet med at «opphavsmannens inntjeningssevne avhenger av markedsverdien for det samtykke han eventuelt gir til at verket f.eks. spres til allmennheten gjennom salg av eksemplarer.»⁵⁶

De rettslige følgene av eneretten er at ingen kan utnytte et fotografisk verk på noen måte som omfattes av eksemplarframstilling- eller tilgjengeliggjøringsbegrepene, med mindre det skjer med tillatelse fra opphavsmannen eller med hjemmel i lov eller forskrift.

2.4.1.2 Åvl. § 43a – det fotografiske bildet

For det fotografiske bildets vedkommende følger det av § 43a første ledd at:

«Den som lager et fotografisk bilde, har enerett til å fremstille eksemplar av det, enten det skjer ved fotografering, trykk, tegning eller på annen måte, og gjøre det tilgjengelig for allmennheten.»

Dette innebærer at også rettighetshaver til et fotografisk bilde har enerett til både eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring.

I det følgende vil drøftelsen av enerettene knyttet til henholdsvis verk og bilder skje under ett, ettersom innholdet langt på vei er identisk. Der det finnes ulikheter vil det bli presisert.

2.4.2 Eksemplarframstillingsretten

Rettighetshavers eksemplarframstillingsrett er noe ulikt formulert i åvl. §§ 2 første ledd og 43a første ledd, men den innebærer i praksis det samme.

Først og fremst innebærer retten den «rene» eksemplarframstilling – dvs. et *kopieringsvern*.

Men i tillegg innebærer eksemplarframstillingsretten et ikke-identisk *etterlikningsvern*;⁵⁷ dette følger av ordlyden «i opprinnelig eller endret skikkelse [...] i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk» i § 2 og «ved fotografering, trykk tegning eller på annen måte» i § 43a

⁵⁶ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 13.

⁵⁷ Rognstad (2009) s. 293.

for henholdsvis fotografiske verk og bilder. Etterlikningsvernet innebærer at det f.eks. ikke kan lages et maleri som er identisk med fotografiet uten at dette representerer et brudd på fotografens enerett.

Byrettsdommen «Heitkøtter» (publisert i NIR⁵⁸ 1989 s. 381) illustrerer innholdet i etterlikningsvernet.⁵⁹ Saken gjaldt en naturfotograf (Olaf Heitkøtter), som hevdet at en porselensplatte med en reinbukk som motiv var plagiat av et av hans fotografier. Motivet på platten var basert på en frihåndstegning, og produsenten mente derfor at det ikke kunne være snakk om noe eksemplar av Heitkøtters forutgående fotografi som krenket hans rettigheter. Innledningsvis konstaterte byretten at en fritegning i utgangspunktet utvilsomt omfattes av eksemplarfremstillingsretten. Videre ble det fremhevet at når vernet strekker seg lengre enn til den rene kopiering «må dette imidlertid først og fremst innebære en beskyttelse av den spesielt fotografiske fastholdelse av situasjonen» og at eneretten «ikke beskytter mot etterligning eller gir enerett til fotografiets informasjon». Avslutningsvis uttalte retten:

«Det han har beskyttelse som eksemplarfremstilling av er at han har fotografert nettopp denne reinbukken med disse karakteristika, i akkurat denne stilling, og sett fra denne synsvinkelen. Og det er dette Jensen har gjengitt på sin tegning med unntak av en dreining av vinkelen som er så liten at retten finner den uten betydning, samt enkelte enda mer ubetydelige endringer.»

I svensk og finsk rettspraksis har imidlertid retten kommet til motsatte resultater i liknende saker.

Den svenske «Taube-dommen» (NIR 1990 s. 306) gjaldt tvist om en tegning basert på et fotografisk portrett av den svenske visesangeren Evert Taube. Etter en konkret vurdering la retten til grunn at tegningen, til tross for betydelige likheter, ikke var et eksemplar av fotografiet.

⁵⁸ Nordiskt Immaterielt Rättsskydd (et tverrnordisk tidsskrift).

⁵⁹ Saken ble vurdert etter den opphevede fotografiloven, men rettstilstanden er ikke endret ved inkorporeringen i åndsverkloven.

I den finske «Barnebilde-dommen» (Nordisk Domssamling 1980 s. 330) ble resultatet det samme som i «Taube-dommen». Denne saken gjaldt et maleri av noen barn som liknet et tidligere tatt fotografi. Retten fant det helt klart at maleriet ikke kunne ha kommet til uavhengig av fotografiet, men på grunn av alle ulikhetene kunne det likevel ikke anses som et eksemplar av fotografiet.

Med tanke på målet om nordisk rettsenhet innenfor opphavsretten kan det synes noe uheldig at det ikke er samsvar mellom de nordiske lands rettspraksis i sakene som gjelder etterlikningsvernet for fotografier. Imidlertid er de nevnte dommene svært konkrete, slik at det vanskelig kan trekkes den konklusjon at norsk rettspraksis avviker fra de øvrige nordiske lands praksis på området. Og nettopp fordi det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak er det heller ikke noe i veien for at norsk rett ved en eventuell senere liknende sak tar mer hensyn til vurderingene i de svenske og finske rettsavgjørelsene.⁶⁰

For eksemplarframstillingsretten er det av sentral betydning for fotografier at også «overføring til innretning som kan gjengi verket» regnes som fremstilling av eksemplar, jf. § 2 annet ledd, og som er gitt tilsvarende anvendelse for fotografiske bilder etter § 43a tredje ledd. I dette ligger en henvisning til eksemplarer som ikke kan betraktes umiddelbart, men der det kreves en innretning for iakttagelse av dem. For fotografienes del vil relevante innretninger kunne være datamaskiner og mobiltelefoner, hvor det er mulighet for å lagre elektroniske eksemplarer.⁶¹ Nettopp slik overføring og lagring av bilder er svært vanlig i dag.

Eksemplarframstillingsretten er fundamental for rettighetshaveren til et fotografi – ikke minst i forbindelse med bruk av fotografier i pressen. I denne sammenheng vil publisering både i fysiske avis- og tidsskriftutgaver og på internett representere en eksemplarframstilling som er underlagt fotografens enerett.

2.4.3 Tilgjengeliggjøringsretten

Innholdet i tilgjengeliggjøringsretten er identisk for de fotografiske verkene og de fotografiske bildene. Det er i åvl. § 2 tredje og fjerde ledd angitt når et verk regnes for å gjøres tilgjeng-

⁶⁰ Jordahl (1996) s. 129.

⁶¹ Rognstad (2009) s. 152.

elig for allmennheten, og bestemmelsen er gitt tilsvarende anvendelse for fotografiske bilder, jf. § 43a tredje ledd. Av § 2 tredje og fjerde ledd følger det:

«Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når

- a) eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten,
- b) eksemplar av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler, eller
- c) verket fremføres offentlig.

Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.»

I relasjon til problemstillingen om pressens publiseringsrett er det *spredningsretten* (bokstav a) og *fremføringsretten* (bokstav c og fjerde ledd) som er relevante (i tillegg til eksemplar-fremstillingsretten).

Spredningsretten innebærer besittelsesoverføring i en eller annen form, jf. «salg, utleie eller utlån eller på annen måte» av fysiske eksemplarer. Når et fotografi er trykket i *fysiske utgaver* av en avis eller tidsskrift som distribueres til allmennheten vil det dermed være en spredning av fotografiet som omfattes av spredningsretten i bokstav a.

Begrepet «fremføring» har i lovbestemmelsens sammenheng et større omfang enn det som følger av en naturlig språklig tolkning; i tillegg til *direkte* fremføring for et tilstedeværende publikum omfatter det også *indirekte* fremføring ved hjelp av tekniske hjelpemidler.⁶² Selv om dette var gjeldende rett også før fjerde ledd ble inntatt i bestemmelsen ved lovendring i 2005,⁶³ er det med presiseringen i § 2 fjerde ledd «uttrykkelig tatt høyde for at fremføringsbegrepet ikke bare omfatter kringkasting av alle slags verk, men også *andre former for distanseoverføring* [min utheving], typisk overføring av verk i datamaskinbaserte nettverk (f.eks. Internett)»⁶⁴.

⁶² Ot.prp. nr. 26 (1956-1960) s. 16, jf. Rognstad (2009) s. 176.

⁶³ Se endelig lovforslag i Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 140. Presiseringen kom med som en følge av gjennomføringen av bestemmelsen i Opphavsrettsdirektiver art. 3 (1).

⁶⁴ Rognstad (2009) s. 176.

Det er nettopp slik distanseoverføring som er relevant for publisering av fotografier i *netta-viser o.l.*.

2.5 Ideelle rettigheter

I tillegg til de økonomiske rettighetene gir åndsverkloven en beskyttelse for rettigheter av ideell karakter – opphavsmannens såkalte *le droit moral*⁶⁵.

Åvl. § 3 er hovedbestemmelsen om opphavsmannens ideelle rettigheter, og den er gitt tilsvarende anvendelse for de fotografiske bildene, jf. åvl. § 43a tredje ledd.

§ 3 første og annet ledd

«Opphavsmannen har krav på å bli navngitt slik som god skikk tilsier, så vel på eksemplar av åndsverket som når det gjøres tilgjengelig for almenheten.

Har en annen rett til å endre et åndsverk eller gjøre det tilgjengelig for almenheten, må dette ikke skje på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for opphavsmannens litterære, vitenskapelige eller kunstneriske anseelse eller egenart, eller for verkets anseelse eller egenart.»

Det følger av bestemmelsen at de ideelle rettighetene er av to typer:

- Retten til å bli navngitt (navngivelsesretten)
- Vern mot krenkelser (respektretten)

Retten til navngivelse innebærer at navnet til rettighetshaver skal fremgå av verket i den utstrekning «god skikk tilsier». Hva som ligger i «god skikk»-kriteriet må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, og kan til og med i unntakstilfeller bety at navnet kan utelates. Unntaksadgangen er riktignok snever – navnet «skal angis med mindre det er urimelig, vanskelig eller umulig å oppfylle kravet.»⁶⁶

⁶⁵ Det franske uttrykket, som direkte oversatt betyr «moralisk rett», er en vanlig betegnelse internasjonalt på de ideelle rettighetene til opphavsmannen.

⁶⁶ Schönning (2008a) s. 179, jf. Rognstad (2009) s. 200.

Når det gjelder fotografier kan det imidlertid vanskelig tenkes at kravene om urimelighet, vanskelighet eller umulighet vil være oppfylt, slik at den klare hovedregel må være at navnet alltid skal medtas (med mindre fotografen fraskriver seg denne retten etter § 3 tredje ledd, se siste avsnitt i dette punkt).

Hvordan navnet skal fremgå vil variere alt etter hva slags type av verk det gjelder, men må i alle tilfeller oppfylle formålet med krediteringen, som er at publikum skal få en «rimelig mulighet for å kunne oppfatte hvem som er verkets opphavsmann.»⁶⁷

I tilknytning til fotografier er den normale måten å oppfylle navngivelsesplikten på å trykke navnet under eller ved siden av bildet, eller i tilslutning til bildeteksten. Eksempler:⁶⁸

Bilde 1:



ROSER OG REAGERER: Tidligere statsminister Jens Stoltenberg reagerer på at statsminister Erna Solberg valgte å ikke nevne miljø og klimapolitikk i sin første nyttårstale. Foto: Fredrik Varfjell/NTB scanpix.

⁶⁷ Rognstad (2009) s. 202.

⁶⁸ Hentet fra:
http://www.dagbladet.no/2014/01/01/nyheter/erna_solberg/politikk/innenriks/jens_stoltenberg/31075636/
(bilde 1) og <http://pub.nettavisen.no/nettavisen/side3/article3011311.ece> (bilde 2) (25.04.2014).

Bilde 2:



FOTO: MARTIN EIAN (FLICKR/CREATIVE COMMONS)

Ofte synes i tillegg til fotografens navn en ©, som er det amerikanske symbolet for opphavsrett («copyright»). I Norge har bruken av symbolet aldri vært et vilkår for vern,⁶⁹ og det har heller ingen rettslig betydning på noen annen måte. Det brukes gjerne for å tydeliggjøre at fotografiet er underlagt opphavsretten og de begrensninger for utnyttelse det medfølger. Det anvendes i tilknytning til både fotografiske *verk* og *bilder*, selv om bildene ikke er underlagt opphavsretten per definisjon.

For fotografer er navngivelsesretten fundamental, særlig på grunn av dens nære sammenheng med de økonomiske rettighetene; for yrkesfotografer spesielt vil bildekreditering ved offentlig publisering av deres fotografier kunne føre til bl.a. større kjennskap til den aktuelle fotografen og hans/hennes arbeid, hvilket igjen vil kunne generere flere arbeidsoppdrag og dermed økt omsetning.

Den andre ideelle rettighetstypen, *vernet mot krenkelser*, innebærer en respekt for rettighets-haverens navn og hans/hennes verk.

⁶⁹ I motsetning til i USA hvor det tidligere var et vilkår om bruk av copyright-symbolet for å få opphavsrettslig vern. Dette kravet forsvant da USA sluttet seg til Bernkonvensjonen med virkning fra 1. mars 1989. Se <http://www.copyright.gov/fls/fl100.html> (25.04.2014).

For fotografier kan en *krenkende endring* for eksempel innebære at fotografiet beskjæres eller manipuleres på en slik måte at det fremstår som noe helt annet enn det opprinnelige.

Tilgjengeliggjøring på en *krenkende måte* eller i en *krenkende sammenheng* kan være bruk av fotografier i pornografisk sammenheng, bruk av et religiøst foto i en blasfemisk fremstilling eller bruk av et bilde i reklameøyemed.⁷⁰

De økonomiske og de ideelle rettighetene er uavhengige av hverandre i den forstand at det er en forskjell i hvordan de er knyttet til rettighetshavers person.

De økonomiske enerettighetene kan fritt overdras av fotografen (se punkt 2.2.3). Navngivelsesretten og respektretten er derimot personlige og kan ikke fraskrives selv om de økonomiske rettighetene overdras, jf. åvl. § 3 tredje ledd og § 39 første ledd, som er gitt tilsvarende anvendelse for de fotografiske bildene etter § 43a tredje ledd. Unntak er imidlertid tillatt dersom bruken av fotografiet er «avgrenset etter art og omfang», jf. § 3 tredje ledd.

2.6 Vernetid

2.6.1 Generelt

Vernetiden er den perioden verket eller bildet er opphavsrettslig vernet mot inngrep i eksemplarfremstilling- og tilgjengeliggjøringsretten. Når tidsperioden for vernet er utløpt kan fotografiet fritt brukes uten hensyn til opphavsretten.

Mer presist gjelder dette kun i forhold til de økonomiske rettighetene – det er ingen lovfestet tidsbegrensning i vernetiden for de ideelle rettighetene. Disse må dermed respekteres uavhengig av om retten til eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring er falt i det fri.

Etter fotografiloven var vernetiden for fotografier 15 år etter fotografens død, men uansett 25 år fra fotoet ble tatt. Inkorporeringen av fotografilovens bestemmelser i åndsverkloven medførte at vernetiden ble ulik for fotografiske verk og bilder, men den ble forlenget for begge kategoriene.

⁷⁰ Fotojuss s. 50.

2.6.2 Vernetid for fotografiske verk

Åvl. § 40 er vernetidsbestemmelsen for åndsverk, herunder fotografiske verk. Av første punktum fremgår det at opphavsretten varer i «opphavsmannens levetid og 70 år etter utløpet av hans dødsår».

Etter opphavsmannens død kan opphavsretten ha tilfalt arvinger som forvalter den videre,⁷¹ eller arvingene kan igjen kan ha overdratt rettighetene til andre.

For åndsverk ble det gjort endringer i vernetiden ved den samme lovendringen (i 1995) som gjennomførte fotografilovens bestemmelser i åndsverkloven. Bakgrunnen for denne endringen⁷² var Norges forpliktelse gjennom EØS-avtalen til å gjennomføre reglene i EUs direktiv om vernetid for åndsverk og nærstående rettigheter (vernetidsdirektivet)⁷³. Hensikten med direktivet var å harmonisere vernetiden for åndsverk innenfor EU/EØS, blant annet fordi ulikhetene i denne kunne forhindre fri flyt i det felles markedet, samt kunne føre til en vridning av konkurransen.⁷⁴

2.6.3 Vernetid for fotografiske bilder

Ved lovinkorporeringen ble det innført en særskilt vernetid for de fotografiske bildene, og på samme måte som for de fotografiske verkene ble vernetiden forlenget i forhold til hva den var etter fotografiloven.

Åvl. § 43a annet ledd bestemmer at vernetiden gjelder «i fotografens levetid og 15 år etter utløpet av hans dødsår, men likevel minst 50 år fra utløpet av det år bildet ble laget.»

2.6.4 Vernetid for fotografier tatt før lovendringen i 1995

En ytterligere konsekvens av lovendringen var at *fotografiske verk* som var frembragt før 30. juni 1995⁷⁵ fikk forlenget vernetiden sin i henhold til den nye vernetiden, slik at også disse

⁷¹ Torvund, *Hvem har opphavsrett?*, punkt 4. Se kildeliste (elektroniske artikler).

⁷² Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 1.

⁷³ Rådsdirektiv 93/98/EØF, nå Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/116/EF.

⁷⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/116/EF premiss 2.

⁷⁵ Tidspunktet for ikrafttredelse av lovendringen.

fikk en vernetid på 70 år etter utløpet av opphavsmannens dødsår. Dette gjaldt i tillegg verk som allerede var falt i det fri før dette tidspunktet, men som ville vært vernet etter den nye (forlengede) vernetiden. Denne gruppen av fotografiske verk fikk dermed vernet sitt «gjenopplivet».

Noen tilsvarende forlenging av vernetiden for *fotografiske bilder* som var falt i det fri før 30. juni 1995 ble ikke foretatt.

2.7 Vernet for utenlandske fotografier i Norge

2.7.1 Utenlandske fotografiske verk

Åndsverkloven § 57 er hjemmelen for lovens rekkevidde.

Etter denne bestemmelsen er et utenlandsk fotografisk verk vernet dersom det blir utgitt «første gang her i riket [...] eller [...] samtidig her og i et annet land» eller «innen 30 dager etter første utgivelse», jf. hhv. første ledd bokstav b og annet ledd. Det samme gjelder hvis det fotografiske verket er «innføyd i bygninger eller et faste anlegg her i riket», jf. første ledd bokstav e.

Bestemmelsene i § 57 avgrenser det som ofte kalles åndsverklovens *umiddelbare anvendelsesområde*.⁷⁶ Avgrensningen har til følge at de fleste utenlandske verk ikke er beskyttet av loven umiddelbart, men det er likevel en annen mulighet for vern.

For de åndsverk som ikke omfattes av åvl. § 57 kan loven få *middelbar anvendelse* etter § 59. I § 59 første ledd står det:

«Under forutsetning av gjensidighet kan Kongen gi forskrifter om hel eller delvis anvendelse av lovens regler i forhold til verk med en nærmere bestemt tilknytning til fremmed stat.»

⁷⁶ Lassen (1998) s. 455.

For at det skal gis bestemmelser om vern for utenlandske verk er det således en forutsetning at det skjer under gjensidighet med de aktuelle nasjonene. Gjensidighetskravet innebærer ikke *materiell* gjensidighet, dvs. at vernet som gis til utenlandske verk må være identisk med vernet som er etablert i opphavsmannens hjemland. Det som kreves er *formell* gjensidighet, hvilket innebærer at utenlandske verk må gis det samme opphavsrettslige vern som norske verk har. Dette kravet bygger på *prinsippet om nasjonal behandling*.⁷⁷

Norge har forpliktet seg til et gjensidighetsvern gjennom Bernkonvensjonen og Verdenskonvensjonen⁷⁸. Fotografiske verk som stammer fra land som har sluttet seg til en av eller begge de to konvensjonene må dermed vernes her i landet, og motsatt. Totalt inkluderer det de fleste land i verden hvor et slikt vern kan være relevant i praksis.

Verdenskonvensjonen om opphavsrett ble undertegnet i 1952 etter initiativ fra UNESCO⁷⁹. Hensikten var å skape et verdensomspennende beskyttelsessystem, og håpet var at alle de land, herunder USA, Kina og Sovjetunionen, som av ulike grunner ikke hadde villet tilslutte Bernunionen skulle ta del i den nye konvensjonen. Som et tiltak fra Bernunionen for å forhindre at land skulle «flykte» til den mindre forpliktende Verdenskonvensjonen ble det inntatt en tilleggsdeklarasjon, som innebærer at Verdenskonvensjonen ikke får anvendelse mellom de land som anvender Bernkonvensjonens Paristekst (som er de fleste unionslandene). Dette i kombinasjon med at oppslutningen om Bernkonvensjonen har økt kraftig i de senere år⁸⁰ gjør at Verdenskonvensjonen i dag har en helt perifer betydning.⁸¹

Bestemmelser om vern på bakgrunn av gjensidighet er gitt i forskrift til åndsverkloven. Kapittel VI i forskriften lyder «Bestemmelser om åndsverklovens anvendelse i forhold til verk og arbeider med tilknytning til andre land mv.», og forholdet til Bernkonvensjonen og Verdenskonvensjonen er regulert i §§ 6-2 til 6-8.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 26 (1959-1969) s. 113, jf. Lassen (1998) s. 456.

⁷⁸ Verdenskonvensjonen om opphavsrett av 6. september 1952.

⁷⁹ FNs organisasjon for utdanning, vitenskap, kultur og kommunikasjon.

⁸⁰ Per april 2014 var det 167 stater som var tilsluttet Bernkonvensjonen, se http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (25.04.2014).

⁸¹ Lassen (1995) s. 31, jf. Rognstad (2009) s. 49.

2.7.2 Utenlandske fotografiske bilder

For utenlandske fotografiske bilder er den rettslige situasjonen en annen enn for de utenlandske fotografiske verkene.

Vern av fotografiske bilder er ikke inkludert i verken Bernkonvensjonen eller Verdenskonvensjonen, og det er heller ikke etablert i noen annen internasjonal konvensjon. Som følge av at det ikke foreligger noen internasjonal rettslig forpliktelse til å etablere vern for bilder i nasjonal lovgivning har de fleste land i verden heller ikke gjennomført dette av eget initiativ, i motsetning til hva Norge har gjort. Så til tross for at åvl. § 59 er gitt tilsvarende anvendelse på de nærstående rettighetene i loven, herunder § 43a, jf. tredje ledd, er et rettslig grunnlag for gjensidig vern av fotografiske bilder fraværende.

For land som er del av EØS-avtalen er situasjonen en annen. På grunn av forbudet mot ikke-diskriminering nedfelt i EØS-avtalen art. 4 er Norge forpliktet til å gi tilsvarende vern som følger av alle åndsverklovens bestemmelser til opphavsmenn og andre rettighetshavere fra EØS-land.

Ettersom åndsverkloven gir vern for fotografiske bilder, innebærer følgelig forpliktelsen etter EØS-avtalen art. 4 at det gis vern for fotografiske bilder som stammer fra EØS. Bestemmelser om dette finnes i åvl. § 58 annet ledd sjette og syvende punktum, hvor det fremgår at «§ 43a gjelder tilsvarende for fotografiske bilder som første gang er utgitt her i riket eller som er laget av noen som er statsborger i eller bosatt i eller har sete i et land innenfor Det europeiske økonomiske samarbeidsområde», samt for «fotografier innføyd i bygninger eller faste anlegg i et land innenfor nevnte område». Det er i tillegg inntatt en generell bestemmelse i forskriften § 6-1.

Vernet av utenlandske fotografiske bilder kan etter dette oppsummeres slik:

Utgangspunktet per i dag er at fotografiske bilder med opprinnelse utenfor EØS ikke har vern i Norge. Norske fotografer kan på sin side ikke være sikre på om deres bilder er vernet i utlandet, da det ikke finnes noen internasjonale avtaler som regulerer dette. Det vil derfor være opp til hver enkelt nasjon om og eventuelt hvordan de ønsker å verne utenlandske bilder.

Selv innenfor EØS er det ingen garanti for at norske fotografiske bilder er vernet. Dette fordi den eneste forpliktelsen som er nedfelt i EØS-avtalen i denne sammenheng er *plikten til ikke å*

diskriminere, slik at dersom et EØS-land ikke har etablert et vern for egne fotografiske bilder – tilsvarende det vi har i Norge – følger det heller ingen forpliktelse til å verne utenlandske bilder.

Det kan selvsagt reflekteres over om det er en rimelig løsning at utenlandske fotografiske bilder uten tilknytning til et EØS-land ikke har vern etter norsk rett. Jeg vil anta at de hensyn som begrunner reglene om vern for fotografiske bilder i åndsverkloven gjør seg tilsvarende gjeldende for fotografier som stammer fra et land utenfor EØS. Rettspolitiske grunner tilsier derfor at når det er etablert et slikt vern i Norge, så bør det gjelde for ethvert fotografisk bilde som blir publisert her i landet.

2.8 Retten til eget personbilde etter åvl. § 45c

2.8.1 Generelt

Åvl. § 45c, som er plassert i lovens 6. kapittel under overskriften «Forskjellige bestemmelser», er av en annen karakter enn bestemmelsene som gjelder de opphavsrettslige og nærstående rettighetene. Den er ingen immaterialrettsregel, men en personvernregel som lovsystematisk ikke hører hjemme i åndsverkloven.⁸² En tilsvarende bestemmelse var tidligere hjemlet i fotografiloven § 15, og den ble derfor – i likhet med de øvrige bestemmelsene i fotografiloven – inkorporert i åndsverkloven i 1995.⁸³

I motsetning til lovens øvrige bestemmelser, som hovedsakelig regulerer det rettslige i tilknytning til opphavsmannen og andre rettighetshavere, er det etter § 45c *den avbildede personen* som er vernet, ikke rettighetene til den som har tatt bildet.

Åvl. § 45c første ledd innskrenker omverdenens ytringsfrihet med hensyn til å offentliggjøre individers personbilder, og vernet gjelder i tillegg til og uavhengig av fotografens rettigheter til fotografiet. Vernet omfatter etter sikker rett også personbilder i levende film, jf. «Diana Ross-dommen».

⁸² Rognstad (2009) s. 325.

⁸³ Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 12 flg.

Retten til eget bilde etter § 45c kan i dag betraktes som en del av det generelle personvernet, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 8⁸⁴, jf. menneskerettsloven⁸⁵.⁸⁶ Konsekvensen av betraktningen er at bestemmelsen må sees i sammenheng med de øvrige bestemmelsene i EMK som er relevante i denne sammenheng. Konkret betyr det at retten må avgrenses mot tilfeller der offentliggjøring av personbilder er tillatt med grunnlag i ytringsfriheten, jf. Grunnloven § 100 og EMK art. 10⁸⁷.

Hovedregelen etter åvl. § 45c første ledd er at offentlig publisering av personbilder må ha «samtykke av den avbildede».

Forutsetningen for at regelen i det hele tatt skal kunne påberopes er at den avbildede personen det gjelder kan identifiseres. Dette er lagt til grunn i flere rettsavgjørelser, senest i dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1568 («Tromsø 2018-dommen»), premiss 30. Rettens uttalelse må tolkes slik at det ikke kreves mer enn at de som kjenner den avbildede klarer å gjenkjenne vedkommende. Se mer om dommen i punkt 2.8.2.

Selv om samtykke ikke foreligger kan publisering likevel være rettmessig dersom vilkårene i et av alternativene i § 45c første ledd bokstav a–e er oppfylt, hvor bokstav a er det mest aktuelle i praksis.

Ved en tvist for domstolene om vilkårene for å anvende unntaksbestemmelsene er oppfylt vil disse likevel ikke ha selvstendig betydning, på grunn av Norges forpliktelser etter EMK. En avveining av den avbildedes personvern på den ene siden og allmennhetens ytringsfrihet på den andre siden vil i dag i all hovedsak foretas etter kriteriene som EMD⁸⁸ anvender etter henholdsvis EMK art. 8 og art. 10.⁸⁹

Illustrerende for denne avveiningen er dommen inntatt i Rt. 2009 s. 265 («Memo»). Saken handlet om et oppreisningskrav fra en privatperson («A») mot et magasin for påstått brudd på åvl. § 45c, jf. § 55.

⁸⁴ EMK artikkel 8: Retten til respekt for privatliv og familieliv.

⁸⁵ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999.

⁸⁶ Merknad skrevet av Jon Wessel-Aas (3. mai 2012), jf. fotnote 3.

⁸⁷ EMK artikkel 10: Ytringsfrihet.

⁸⁸ Den europeiske menneskerettsdomstol.

⁸⁹ Merknad skrevet av Jon Wessel-Aas (3. mai 2012), jf. fotnote 3.

Nyhetsmagasinet Memo hadde i en av sine utgaver et hovedoppslag om de utfordringer innvandringen skaper, herunder frykten for islam. På førstesiden var det trykt et bilde som var tatt av en fotograf fra Dagbladet i forbindelse med et demonstrasjonstog mot karikaturtegninger av profeten Mohammed. Bildets blikkfang var A som stod lengst fremme i toget med knyttet og løftet høyre hånd. A klaget først inn saken for Pressens Faglige Utvalg (PFU)⁹⁰, som konkluderte med brudd på god presseskikk. Deretter ble saken bragt inn for domstolene med oppreisningskravet, og i Høyesterett fikk A medhold med blant annet den begrunnelse at bildet var brukt i en annen sammenheng enn den opprinnelige.

Førstvoterende uttalte om forholdet mellom åvl. § 45c og EMK art. 8 og 10:⁹¹

«Spørsmålet er imidlertid om unntaksbestemmelsen i § 45c kan anvendes når bildet i overkant av en måned senere ble brukt som illustrasjonsfoto i forbindelse med en generell debatt om integrering av innvandrere, og hvor karikaturstriden og demonstrasjonstog så vidt ble berørt. Saken reiser videre spørsmålet om hvilken betydning det har at det ikke ble opplyst i hvilken sammenheng bildet var tatt. Avgjørende er hva som følger av EMK artikkel 8 sammenholdt med artikkel 10.»

Av det siterte følger det at Høyesterett uten videre legger til grunn at § 45c må sees i sammenheng med EMK art. 8 og 10, som dermed må anses å være rettstilstanden per i dag.

Et annet poeng er at det vil være forskjeller i vurderingen alt ettersom publiseringen gjelder fotografier av offentlige personer eller privatpersoner (mer om dette i punkt 3.3). Men dette er ikke ensbetydende med at bilder av kjente personer kan brukes fritt.⁹²

Utgangspunktet er som sagt at retten til eget personbilde etter § 45c gjelder uavhengig av fotografens vern etter åvl. §§ 2 og 43a. Men sett i sammenheng med problemstillingen om pressens bruk av fotografier er det fra pressens synsvinkel en overlapping mellom fotografens og

⁹⁰ Utvalget behandler klager mot pressen i presseetiske spørsmål.

⁹¹ Se dommens premiss 39.

⁹² Galtung (1991) s. 97-98.

den avbildedes rettigheter; ved publisering av personfotografier (som ikke omfattes av unntaksreglene § 45c første ledd) er det et «dobbelte rettighetsvern» som må respekteres.⁹³ Det vil si at det i tillegg til at fotografens rettigheter ikke må utgjøre noen rettslig hindring for fotografibruk, også kreves samtykke av den avbildede. Dette vil bli drøftet under avhandlingens punkt 3.4.

2.8.2 Vernet personkrets

Det er i åndsverkloven gjort en avgrensning med hensyn til hvilken personkrets som er beskyttet etter åvl. § 45c.

Åvl. § 58 tredje ledd fastslår at bestemmelsen i § 45c kun gjelder «avbildninger av person som er eller har vært bosatt her i riket».

Rettsfølgen av bestemmelsen er at personer uten den lovbestemte tilknytning til Norge i utgangspunktet ikke har et vern etter § 45c og dermed fritt kan avbildes i norsk presse. Det er imidlertid slått fast i rettspraksis at innholdet i § 58 tredje ledd gir uttrykk for et prinsipp som langt på vei må antas å gjelde tilsvarende for også andre personer etter ulovfestede regler.

I dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1568 (Tromsø 2018) reiste en amerikansk snøbrettkjører, Andy Finch, et krav om økonomisk kompensasjon mot selskapet Tromsø 2018 AS for urettmessig bruk av et fotografi hvor han var avbildet.

Høyesterett kom til at bildet falt innenfor det materielle vernet etter åvl. § 45c, men at Finch falt utenfor den personkretsen som er vernet etter åvl. § 58 tredje ledd. Under henvisning til en tidligere Høyesterettsdom (Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer)) ble det lagt til grunn at det uansett gjelder et ulovfestet vern knyttet til retten til eget personbilde, men det stod fremdeles igjen for retten å avgjøre hvordan både vernet og personkretsen skulle avgrenses. Høyesterett kom til at vernet bør være tilsvarende det som følger av åvl. § 45c. Særlig måtte det gjelde i tilfeller som i den aktuelle saken, hvor bildet både var tatt og utnyttet i Norge, og den avbildede selv hadde klare økonomiske interesser i å utnytte bildet kommersielt.

⁹³ Det samme er tilfellet når motivet for fotografiet er et åndsverk, som f.eks. et maleri, en skulptur eller bygningskunst. Dette faller imidlertid utenfor oppgaven.

Selv om synspunktene i dommen ble reservert for situasjoner som i den aktuelle saken, kan nok forbeholdet forstås som et «utslag av en generell forsiktighet, og ikke som uttrykk for at vernet i andre typesituasjoner skal være videre eller snevrere.»⁹⁴

2.8.3 Vernetid

Vernet etter åvl. § 45c gjelder i «den avbildedes levetid og 15 år etter utløpet av hans dødsår.», jf. annet ledd.

Regelen var ny ved lovendringen i 1995. Etter den tilsvarende bestemmelsen i fotografiloven § 15 gjaldt ikke vernet for personbilder utover den avbildedes levetid, men det var antatt at det måtte gjelde i en viss utstrekning også etter den avbildedes død. Spørsmålet kom aldri opp for domstolene, men i teorien ble det påpekt at reelle hensyn, særlig hensynet til pårørende, måtte tilsi et slikt vern.⁹⁵

⁹⁴ Stenvik (2010) s. 538-539.

⁹⁵ Galtung (1991) s. 89-90, Holmboe (1992) s. 519 flg.

3 Pressens rett til å bruke fotografier

3.1 Generelt om hjemmelsgrunnlagene

Som en nødvendig følge av at fotografier har vern under opphavsretten, må *bruk av fotografier i pressen* i alle tilfeller ha et rettsgrunnlag. Vanligvis vil en rettslig adgang til publisering være hjemlet i lov eller i avtale.

I åndsverkloven er det lovfestet en rett til bruk av andres fotografier i visse nærmere angitte tilfeller. Lovbestemmelsene – de såkalte *lånereglene* – finnes i lovens 2. kapittel. Det er tre hovedtyper av «låneregler»: fribruksregler («rene låneregler»), tvangslisensregler og avtalelisensregler.

Fribruksreglene er bestemmelser som gir allmennheten rett til å bruke åndsverk uten å måtte betale vederlag til opphavsmannen, og samtykke må heller ikke innhentes.

Tvangslisensreglene innebærer en rett til bruk uten å innhente forhåndssamtykke, men vederlag må betales, og det må utvises aktivitet for betaling; det kan ikke passivt ventes på at rettighetshaveren skal innkreve vederlaget.

Avtalelisensreglene – med åvl. § 36 som hovedbestemmelse – er en type tvangslisensregler av særegen art, som innebærer følgende: en opphavsmannsorganisasjon – opprettet med hjemmel i åvl. § 38a – inngår avtale med en åndsverkbruker, f.eks. et kringkastingsforetak, om en nærmere bestemt bruksrett ved betaling av vederlag. Hvis kringkastingsforetaket så ønsker å gjøre bruk av verk til en opphavsmann som *ikke er omfattet av den kollektive organisasjonen og dermed avtalen*, så vil det automatisk utløses en tvangslisens også overfor denne opphavsmannen.

Bruken av ordet «avgrensning» i kapitteloverskriften indikerer at forholdet mellom opphavsrettighetene og lånereglene er et resultat av en avveining mellom rettighetshavers og allmennhetens interesser. Det er et bevisst valg fra lovgivers side at denne formuleringen er brukt, i motsetning til uttrykkene «unntak» eller «innskrenkninger» som er benyttet i andre land, her-

under våre nordiske naboland.⁹⁶ Ordvalget kan forklares med at reglene om enerettighetene og avgrensninger tradisjonelt i Norge har vært ansett som to likeverdige komponenter, hvorpå avgrensningsreglene verken skal tolkes innskrenkende eller restriktivt,⁹⁷ slik de til dels har blitt gjort i andre land.

Lovreglene som avgrenser opphavsmannens enerett må være rettmessige i henhold til de regler som gjelder etter internasjonale konvensjonsforpliktelser.

Allerede Bernkonvensjonen oppstilte vilkår som de enkelte lands nasjonale lovgivning måtte holde seg innenfor ved avgrensning av opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling («reproduksjon»). Disse vilkårene, som er hjemlet i konvensjonens art. 9 (2) og etablerer den såkalte *tretrinns testen*⁹⁸, er et utslag av ønsket om et balansert forhold mellom opphavsmannens behov for vern og allmennhetens behov for å kunne ta bruk av åndsverk uten å være avhengig av samtykke.

Innholdet i «tretrinns testen» er at begrensninger i og unntak fra eneretten er tillatt:

- i særlige tilfeller
- som ikke er i strid med normal utnyttelse av et verk
- og ikke fører til urimelige skade på opphavsmannens legitime interesser

Vilkårene er kumulative, og det er opp til hver enkelt nasjonale lovgiver å sørge for at lovgivningen «passerer» denne testen. Den fungerer således som et verktøy for lovgiver.⁹⁹

«Tretrinns testen» er senere inntatt i andre internasjonale opphavsrettslige konvensjoner samt i Opphavsrettsdirektivet; Både TRIPs-avtalen art. 13 og WIPO Copyright Treaty (WCT) art. 10 hjemler adgang, i form av «tretrinns testen», til å gjøre unntak og avgrensninger fra opphavsmannens enerett. Begge bestemmelsene er utformet etter mønster av Bernkonvensjonen art. 9 (2), men de gir bedre uttrykk for de generelle avgrensningsvilkårene enn det som følger av Bernkonvensjonen. Dette fordi TRIPs-avtalen art. 13 og WCT art. 10 inkluderer både ek-

⁹⁶ Rognstad (2009). s. 214 og 218.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 29.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 29.

⁹⁹ *Ibid* s. 30.

semplarfremstillings- og tilgjengeliggjøringsretten, i motsetning til Bernkonvensjonen som kun omfatter eksemplarfremstillingsretten («reproduksjonsretten»).

I Opphavsdirektivet er det valgt en noe annen løsning. Direktivet angir først spesifikke unntaks- og avgrensingsregler til eksemplarfremstillingsretten i art. 5 (1)-(4). Deretter er «tre-trinnstesten» oppstilt som en generell bestemmelse i art. 5 (5), som de konkrete unntakene i første til fjerde ledd må holde seg innenfor. I likhet med TRIPs-avtalen og WCT er tilgjengeliggjøringsretten heller ikke omfattet av direktivets art. 5.

Åvl. § 23a – «reportasjeregelen» – er en av reglene i åndsverkloven som på denne måten avgrenser opphavsmannens enerett innenfor grensene som gjelder etter de ovennevnte internasjonale forpliktelsene. Det er selvsagt anledning for pressen til å publisere bilder med hjemmel i andre låneregler som måtte finnes å være anvendelige, men § 23 er den mest praktiske.

Så vidt meg bekjent har det ikke tidligere vært omtvistet hvilke anvendelsesområder «lånereglene» i åndsverkloven har. Imidlertid kan det etter den nylig avsatte lagmannsrettsdommen i forbindelse med Dung-saken, som ble nevnt innledningsvis, synes som om domstolene er tilbøyelige til å anvende enkelte av bestemmelsene i åndsverkloven 2. kapittel utover den naturlige språklige forståelsen, og dermed gi pressen en videre adgang til publisering av fotografier enn det som følger av ordlyden. Nettopp fastleggelsen av anvendelsesområdet til en av «lånereglene» var hovedspørsmålet i saken.

Saken gjaldt en tvist om den opphavsrettslige lovligheten av at en avis gjentatte ganger hadde publisert 15 ulike fotografier i forbindelse med en forsvinningssak – både bilder av den savnede («C») og andre bilder i tilknytning til henne. Alle bildene var tatt av Cs mann («A») og svigermor («B»). Tre av bildene hadde avisen fått av politiet, mens de resterende var overlevert av Cs far. A og Bs påstand i saken var at avisens publisering var ulovlig på grunn av manglende samtykke fra dem. Avisen påstod på sin side at publiseringen var tillatt med hjemmel både i åvl. §§ 23a og 27, samt etter reglene om ytringsfrihet i Grunnloven og EMK. Lagmannsretten vurderte saken med grunnlag i åvl. § 27 annet ledd, som gir hjemmel for bruk av fotografier «i forbindelse med etterlysning, i etterforskning eller som bevismiddel». Det ble lagt til grunn at § 27 annet ledd gir politiet rett til å benytte fotografier til de formål som bestemmelsen angir, herunder overlevere fotografier til pressen som skal benyttes i denne hensikt. Men spørsmålet som ble oppstilt var om § 27 åpner for at pressen også kan benytte

fotografier *ervert fra andre enn politiet*, gitt at publiseringen skjer i forbindelse med politiets etterlysning eller etterforskning. Retten kom til at det var «grunnlag for å fortolke åndsverkloven § 27 annet ledd slik at den åpner for at pressen uten hinder av opphavsmannen kan bruke materiale som er regulert av lovens § 43a når det gjelder omtale av politiets etterlysning eller etterforskning.»

En slik tolkning av åvl. § 27 annet ledd strekker etter min mening pressens rett til bruk av fotografier nokså langt. Særlig tatt i betraktning at en bruksrett antakelig kunne vært begrunnet i reglene om ytringsfrihet i dette tilfellet. På grunn av de spesielle hensyn som gjorde seg gjeldende i saken kan den likevel ikke automatisk tas til inntekt for at domstolene senere vil kunne foreta en utvidende fortolkning av f.eks. åvl. § 23a. Men resultatet tilsier uansett en holdning hos domstolene som kan synes å helle i retning av en fordel for pressen.

Dersom pressen ønsker å publisere fotografier utover det som er tillatt etter § 23a, eventuelt etter andre låneregler i åndsverkloven, må det inngås avtale om bruk. En slik avtale innebærer vanligvis at pressen betaler et vederlag til fotografen som gir bruksrett til fotografiene.

Det ovenstående gjelder fotografibruk sett opp mot fotografens vern. Ved *personfotografier* er pressens publiseringsrett begrenset av ytterligere rettslige interesser – her har den avbildede personen et eget vern etter åvl. § 45c første ledd.

I likhet med bruksrett i forhold til fotografen kan også bruk av personbilder følge av enten lov eller avtale. Visse publiseringsgrunnlag følger av unntaksreglene i § 45c første ledd bokstav a-e, hvor bokstav a er unntaket som skal drøftes. Men dersom unntaksbestemmelsene ikke hjemler den aktuelle bruken, krever § 45c at pressen innhenter samtykke fra den avbildede før fotografiet publiseres (med mindre fotografen allerede har klarert den senere bruken av bildet med personen det gjelder).

Publisering etter åvl. § 23a og § 45c første ledd bokstav a vil bli behandlet i henholdsvis punktene 3.2 og 3.3. Fotografibruk etter avtale, både med fotografen og med den avbildede når det gjelder personfotografier, vil bli drøftet i punkt 3.4.

3.2 Åvl. § 23a: «reportasjeregelen»

3.2.1 Omtale av dagshending

Åndsverkloven § 23a første ledd er som hovedregel en *tvangslisensregel*:

«Offentliggjort kunstverk og offentliggjort fotografisk verk kan gjengis i aviser, tidsskrifter og kringkasting ved omtale av dagshending. Dette gjelder likevel ikke verk som er skapt med henblikk på gjengivelse i aviser, tidsskrifter eller kringkasting. Opphavsmannen har krav på vederlag med mindre det gjelder dagshending knyttet til det verket som gjengis.

Lovregelen er ment å skulle imøtekomme pressens behov for raskt å kunne gjengi egnede offentliggjorte fotografier ved nyhetsbegivenheter, uten å måtte innhente samtykke på forhånd.¹⁰⁰ Ettersom regelen ikke angir noen begrensninger for hvor fotografiene kan hentes fra, gjør det den til en svært praktisk viktig bestemmelse for pressen, da det blant annet kan gjøres bruk av offentliggjorte fotografier funnet på internett, herunder sosiale medier.¹⁰¹

Innholdet i § 23a første ledd er tilnærmet likt det som fulgte av den nå opphevede fotografiloven § 8 annet ledd, hvor det fremgikk at «fotografiske bilete, som er offentliggjorde, [kan] mot vederlag gjevast att i aviser og tidsskrift i samband med dagshendingar».

De tilsvarende bestemmelsene i § 23 i svensk og dansk opphavsrettslov er i motsetning til den norske bestemmelsen begge *fribruksregler* i sin helhet. Imidlertid er terskelen for anvendelse desto høyere (sml. vilkårene for anvendelse av åvl. § 23a første ledd, se straks nedenfor). Forutsetninger for anvendelse av bestemmelsene etter svensk og dansk lov er at gjengivelse må være i samsvar med god skikk og kun er tillatt i det omfang som formålet krever. Disse vilkårene fant departementet her hjemme det ikke nødvendig å innta i åvl. § 23a, ettersom hovedregelen er at det skal betales vederlag.¹⁰²

For at åvl. § 23a første ledd skal få anvendelse må ulike vilkår være oppfylt: 1) fotografiet må være «offentliggjort», 2) det må gjelde omtale av en «dagshending», og 3) fotografiet må ikke være tatt med «henblikk på gjengivelse i aviser, tidsskrifter eller kringkasting».

¹⁰⁰ Innst.O. nr. 46 (1994-1995) kap. 7 «Gjengivelse av kunstverk § 23 og § 24».

¹⁰¹ Jf. e-post fra Arne Jensen, se kildeliste.

¹⁰² Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 129.

Definisjonen på når et åndsverk, herunder fotografisk verk, anses som «offentliggjort» etter åndsverkloven er å finne i § 8 første ledd, som er gitt tilsvarende anvendelse for fotografiske bilder, jf. § 43a tredje ledd. Det skjer normalt ved at opphavsmannen (eller rettighetshaveren) *samtykker i en tilgjengeliggjøring for allmennheten*. For kunstverk spesielt er det angitt at offentliggjøring også kan skje ved at opphavsmannen *overdrar et eksemplar* som deretter *tilgjengeliggjøres i medhold av åvl. §§ 19, 20, 23, 23a eller 24* (det kreves i disse tilfellene ikke samtykke til tilgjengeliggjøringen).

Motsetningen til når et fotografi «offentliggjøres» er at den aktuelle bruken av det skjer innenfor den private sfære. Sondringen mellom *offentliggjøring* og *privat bruk* er avgjørende for alle lånereglene i åndsverklovens 2. kapittel, men verken lovteksten selv (§ 8 første ledd) eller forarbeidene gir noen særlig veiledning for hvor grensen mellom disse går. Det er også svært lite rettspraksis på området. Den eneste dommen som konkret gjelder gresedragningen er dommen inntatt i Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikk), som gjaldt fremføring av musikk gjennom kringkasting og grammofon i industribedrifter. Høyesterett uttrykte her at privat bruk må være «en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd», og det ble lagt til grunn at en fremføring for 180 personer måtte regnes som tilgjengeliggjøring for allmennheten (offentliggjøring).¹⁰³

«Bedriftsmusikk»-dommen kan gi en viss veiledning om hvor grensen generelt må trekkes, men dommen er gammel og i tillegg reiser det seg særlige spørsmål i tilknytning til når et åndsverk må anses som «offentliggjort» med dagens bruk av internett og sosiale medier. Her gir verken lovteksten, forarbeider eller rettspraksis noen anvisninger.

Når det gjelder fotografier, som i stort omfang legges ut på sosiale medier som Facebook, Twitter, fotodelingstjenesten Instagram m.m. må derfor spørsmålet om når disse er å betrakte som offentliggjort anses som relativt vanskelig og uavklart. Tidligere var privat-begrepet («familie- og vennekrets») forholdsvis entydig, men i en tid hvor det ikke er uvanlig med

¹⁰³ Se dommen s. 636-637.

hundrevis av «venner» på Facebook og «følgere» på Instagram hadde det absolutt vært en fordel med en rettslig klargjøring av begrepene.¹⁰⁴

Det som i alle fall må kunne formodes er at det er av betydning for vurderingen hvilket sosialt medium et bilde er lastet opp på. Bilder som publiseres på Twitter vil alle kunne ha tilgang til (dersom det ses bort ifra muligheten til å begrense tilgangen), slik at disse bildene må betraktes å være offentliggjort på lik linje med bilder som ligger tilgjengelige for enhver på internett generelt. På Instagram og Facebook kan man derimot ha «lukkede» profiler og selv velge hvem som skal ha tilgang til publiserte bilder (avgrenses som henholdsvis «følgere» og «venner»). I disse tilfellene må det foretas en konkret vurdering, hvor man ser på hvor mange personer det er totalt som har tilgang til bildene, hvordan den aktuelle personen har valgt sine «følgere» og «venner» m.m.¹⁰⁵

Sammenfatningsvis kan det sies at vurderingen av om vilkåret om at et fotografi er «offentliggjort» er oppfylt, tilsynelatende kan være vanskeligere enn man umiddelbart skulle trodd. Det vil i alle tilfeller bero på en konkret vurdering, og særlig i forhold til bilder lastet opp på sosiale medier kan vurderingen bli utfordrende.

Hva som er en «dagshending» fremstår heller ikke uten videre klart ved lesing av lovteksten, og heller ikke forarbeidene gir svar på hva innholdet er. Det må imidlertid antas at begrepet har den samme betydningen som det hadde etter fotografiloven § 8 annet ledd (sitert ovenfor), og i tilknytning til denne bestemmelsen finnes det føringer for vurderingen i rettspraksis. I saken for Høyesterett inntatt i Rt. 1995 s. 1948 (Diana Ross) ble begrepet «dagshending» tolket av retten på følgende måte:¹⁰⁶

«Det er vanskelig å gi noen eksakt definisjon av hva som ligger i "dagshending", men sammenstillingen av "dags" og "hending" gir relativt klare indikasjoner på hva det siktes til. Departementet viser til "den moderne nyhetsreportasje" [i Ot.prp. nr. 28 (1959-1960) til fotografiloven], og hva som kan anses som nyhetsreportasje blir derfor et vik-

¹⁰⁴ Slettholm, se kildeliste (elektroniske artikler).

¹⁰⁵ Se <http://blogg.torvund.net/2010/05/28/opphavsrett-fotografirett-og-god-presseskikk/> (25.04.2014).

¹⁰⁶ Se dommen s. 1953.

tig element ved vurderingen [...] Medias omtale av hendelser i inn- og utland er – og har lenge vært – svært bred, og jeg ser ingen grunn til å legge et snevert syn til grunn ved fortolkningen, i den forstand at hendelsen må ha spesielt stor nyhetsverdi eller være av interesse for en stor del av befolkningen. Men et visst minstemål av generell nyhetsverdi må kreves.»

Etter dette må det antas at terskelen for å anse noe som en dagshending ikke er særlig høy, og følgelig at et stort antall av artiklene og reportasjene som publiseres i dagspressen omtaler det som kan karakteriseres som dagsaktuelle nyhetshendelser i henhold til loven.

At fotografiet ikke må være «skapt med henblikk på gjengivelse i aviser, tidsskrifter eller kringkasting» betyr at det ikke må være tatt av en fotograf *i forbindelse med* en nyhetshendelse. Begrunnelsen for dette vilkåret er at det ikke skal være adgang for pressen til å «stjele» konkurrerende virksomheters arbeid.¹⁰⁷

I utgangspunktet kan det tenkes å forekomme tilfeller hvor det kan være vanskelig å avgjøre om fotografiet er *skapt med henblikk på gjengivelse i pressen*, f.eks. der amatørfotografer sender inn bilder til avisenes nyhetsredaksjoner. En kunne tenkt seg at det i disse tilfellene skal foretas en vurdering av om fotografen, i det øyeblikk fotografiet ble tatt, *allerede da* hadde bestemt seg for at det skulle tilbys pressen, eller om det er noe han har besluttet i ettertid. Dette er åpenbart en lite hensiktsmessig løsning i praksis, slik at hovedregelen nok må være at det er de *egentlige* pressefotografiene som må klareres, mens de mer *tilfeldige* prestasjonene dekkes av tvangslisensen.¹⁰⁸

Dersom vilkårene for anvendelse av åvl. § 23a er oppfylt er det som nevnt ingen begrensninger i hvor pressen kan innhente fotografier fra (sett bort ifra at det gjelder personbilder). Med denne kunnskap fremstår det desto klarere hvor viktig det er å ha et bevisst forhold og en viss kritisk innstilling til hva som publiseres på sosiale medier og internett generelt.

¹⁰⁷ Rognstad (2009) s. 275.

¹⁰⁸ Bjelke (1997) s. 152, jf. Rognstad (2009) s. 275.

Fra utgangspunktet om at § 23a første ledd er en tvangslisensbestemmelse er det gjort unntak i dens siste setning: dersom dagshendelsen er «knyttet til det verket som gjengis» behøver det ikke å betales vederlag til fotografen – det er således en *fribruksregel*. Denne fribruksregelen er en særnorsk bestemmelse som kom med i åndsverkloven under Stortingskomiteens behandling av lovendringen, begrunnet ut ifra rimelighetshensyn.¹⁰⁹

I utgangspunktet var forslaget fra Kulturdepartementet at all bruk av fotografier i forbindelse med dagshendinger skulle være underlagt et vederlagskrav,¹¹⁰ i motsetning til den dagjeldende bestemmelsen i åndsverkloven av 1930 § 14 annet ledd, som også var en fribruksbestemmelse. Forslaget var «begrunnet i behovet for å bedre billedkunstneres vern etter åndsverkloven, bl.a. fordi lovens låneregler innebærer at denne rettighetshavergruppe har forholdsvis lite utbytte av sin opphavsrett.»¹¹¹ Men da lovproposisjonen ble fremlagt ble forslaget møtt med stor motstand fra pressen, idet vederlagsplikten ble oppfattet som «et hinder for den frie nyhetsformidling og en skattlegging til fordel for opphavsmennene.»¹¹² I Stortingskomiteens innstilling¹¹³ ble det derfor foreslått bestemmelsens någjeldende utforming – med en fribruksregel når det gjelder *dagshendelse knyttet til verket som gjengis*. Det ble vist til at «det i den offentlige debatten har kommet frem kritiske synspunkter fra pressehold»¹¹⁴, og flertallet i komiteén var av den formening at det var urimelig at det skulle betales vederlag for gjengivelse av kunstverket når dagshendingen er knyttet til verket.

Anvendelsesområdet for fribruksregelen i § 23a første ledd annen setning må trolig være forholdsvis snevert, og hovedsakelig gjelde i forbindelse med tyveri av og skadeverk på kunstverk, samt ved kunstanmeldelser og omtale av kunstutstillinger o.l.¹¹⁵ Som et eksempel innebærer regelen at Gustav Vigelands kjente skulptur «Sinnataggen» fritt kunne avbildes i media

¹⁰⁹ Innst.O nr. 46 (1994-1995) s. 11, jf. Bjelke (1997) s. 149-150.

¹¹⁰ Se forslaget (høringsutkast av november 1993) referert i Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 128.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 130.

¹¹² Jordahl (1996) s. 154.

¹¹³ Innst.O nr. 46 (1994-1995).

¹¹⁴ *Ibid.*, se kap. 2 under «Komiteens merknader».

¹¹⁵ Innst. O nr. 46 (1994-1995) s. 11, jf. Jordahl (1996) s. 154.

i forbindelse med rettssaken i Oslo tingrett i november og desember 2013, hvor en norsk gallerieier ble dømt for å ha solgt en falsk kopi av skulpturen.¹¹⁶

3.2.2 Fotografiet som en del av bakgrunnen eller med en underordnet rolle i sammenhengen

I likhet med åvl. § 23a første ledd annen setning er bestemmelsen også i *annet ledd* en *fribruksregel*:

«Er et kunstverk eller et fotografisk verk utgitt eller har opphavsmannen overdratt eksemplar av verket som nevnt, kan verket medtas i aviser, tidsskrifter, bøker, ved film og i kringkasting, såfremt verket utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen.»

Bestemmelsen krever for det første at fotografiet må være «utgitt» eller at opphavsmannen selv har «overdratt eksemplar» av det.

I tilknytning til fotografier er ikke utgivelsesalternativet særlig praksis, idet det forutsetter at «et rimelig antall eksemplarer av verket med samtykke av opphavsmannen er brakt i handelen, eller på annen måte er spredt blant almenheten», jf. åvl. § 8 annet ledd, som gjelder tilsvarende for fotografiske bilder, jf. § 43a tredje ledd.

Bestemmelsen kan derimot være av større relevans når fotografen har *overdratt* eksemplar av et fotografi.

Til forskjell fra § 23a første ledd som omfatter det å «gjengi» et kunstverk eller fotografisk verk, taler annet ledd om å «medta» et slikt verk. Bestemmelsens anvendelsesområde er i avhandlingens sammenheng de tilfellene hvor det ved fotografering (eller filming) *kommer med et annet kunstverk eller fotografisk verk*; i slike tilfeller er det tillatt med publisering av fotografiet (enkeltbilder fra filmen), såfremt *dette andre verket* kun «utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen».

¹¹⁶ I mars 2013 var det 70 år siden Gustav Vigeland døde. Dermed opphørte den opphavsrettslige beskyttelsen for alle hans kunstverk med virkning fra 1. januar 2014.

Regelen gjaldt tidligere kun overfor film og fjernsynsprogram, men den ble endret ved lovrevisjonen i 1995.¹¹⁷ Det er fremdeles i denne forbindelse at bestemmelsen har størst betydning, men utvidelsen til å gjelde også trykte medier ble foretatt ettersom det ble anerkjent at den i praksis kunne være relevant også for trykte fotografier.¹¹⁸

«Når nå også aviser og tidsskrifter tas med, er det fordi det ikke bare er ved opptak av film og fjernsynsprogram, men også ved illustrasjonsoppdrag i den trykte presse at det kan være vanskelig å unngå at det kommer vernede kunstverk med på opptakene. [...] I det enkelte bilde som gjengis i pressen, må kunstverket som kommer med bare utgjøre en del av bakgrunnen eller på annen måte spille en underordnet rolle i bildet. Utvidelsen tilsikter bare å åpne en tilsvarende mulighet som for film og kringkasting for mer tilfeldige gjengivelser i aviser og tidsskrifter, særlig i en sammenheng hvor det ikke er tale om egentlige reportasjer fra dagsbegivenheter, f.eks. i ukeblader m.v.»

For problemstilling om fotografibruk i pressen er bestemmelsen altså relevant dersom motivet til det fotografiet som pressen ønsker å publisere inneholder et annet vernet verk (her: et fotografi), som utgjør en del av bakgrunnen eller spiller en underordnet rolle i sammenhengen i «hovedfotografiet». Det blir således tale om et «dobbelt rettighetsvern», på samme måte som ved publisering av personbilder.

3.3 Åvl. § 45c første ledd bokstav a: «aktuell og allmenn interesse»

Når pressen publiserer *personfotografier* må dette skje med «samtykke av den avbildede», med mindre bildet omfattes av et av unntaksalternativene i åvl. § 45c, jf. bestemmelsens første ledd. Unntaket i § 45c første ledd bokstav a skal drøftes i det følgende, mens samtykkegrunnlaget vil drøftes under punktene 3.4.2 og 3.4.3.

Åvl. § 45c er i all hovedsak en videreføring av den opphevede fotografilovens § 15, så dermed vil rettspraksis og andre rettskilder i tilknytning til denne fortsatt vil være relevant.

¹¹⁷ Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) s. 129.

¹¹⁸ *Ibid.* s. 131.

Bestemmelsens *første ledd bokstav a* er det mest omfattende og anvendte unntaket i lovregelen. Den gjør unntak fra kravet om samtykke ved publisering av personfotografier dersom «avbildningen har aktuell og allmenn interesse».

Begrunnelsen for unntaket er først og fremst å sikre informasjons- og ytringsfrihet, slik at pressen skal ha mulighet til å bruke personbilder som illustrasjoner i aktuelle saker.¹¹⁹

Motiveringen for bestemmelsen tilsier at dens anvendelsesområde langt på vei er det samme som for åvl. § 23a første ledd om *dagsaktuelle hendelser*, og reglene må dermed sees i en viss sammenheng når det gjelder pressens publisering av personfotografier.

Hva som ligger i vilkårene om «aktuell og allmenn interesse» reiser ulike tolkningsspørsmål.

En naturlig språklig fortolkning av ordet «aktuell» innebærer at bildet må ha en interesse knyttet til seg *på det tidspunktet bildet skal publiseres*.¹²⁰ At – som angitt ovenfor – bestemmelsens anvendelsesområde kan sees i sammenheng med det som åvl. § 23a første ledd angir, fremtrer tydeligere når det presiseres at det er selve *avbildningen*, ikke personen, som må ha «aktuell og allmenn interesse». Dette ble slått fast av Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 1987 s. 1082.

I denne saken hadde VG publisert bilder av en soningsfange («A»), tatt i forbindelse med at han vitnet for retten i en straffesak mot en annen person («B»). Fotograferingen medførte at det oppstod et basketak mellom fotografen og A. Bilder tatt under slåsskampen, samt andre bilder som var tatt uten at A var klar over det, ble først publisert i tilknytning til et avisoppslag som omtalte slåsskampen. I tillegg ble bildene senere samme år publisert i et par andre sammenhenger. (A var allerede før disse avisoppslagene blitt kjent for allmennheten gjennom omtale i massemedia bl.a. i forbindelse med tidligere dom og en sultestreik han hadde iverksatt.)

¹¹⁹ Jongers (2006) s. 44.

¹²⁰ Katharina Moy, *Personbildevernet: En fremstilling og vurdering av åndsverkloven § 45c om rett til eget bilde*, spesialavhandling levert 25.04.04, DUO, jf. Jongers (2006) s. 44.

Om vilkårene «aktuell og allmenn interesse» hadde Høyesterett følgende generelle uttalelse:¹²¹

«Kravet om aktuell og allmenn interesse må være knyttet til det bildet som det er aktuelt å benytte. Ut fra dette må det vurderes hva bildet forteller og hvor relevant dette er for den situasjon som aktuelt foreligger.»

Vilkåret om at interessen for avbildningen må være «aktuell» innebærer videre en tidsavgrensning. Også dette ble presisert i dommen:¹²²

«I kravet til aktualitet ligger det en tidsavgrensning: Det kan være at den det gjelder må tåle å bli avbildet i en bestemt situasjon eller tidsrom, men at han senere må ha krav på beskyttelse mot den publisitet som ligger i ny avbildning. I denne forbindelse vil ikke bare tidsforløpet ha betydning, men også den situasjon vedkommende befinner seg i.»

Denne uttalelsen tilsier at selv om en person i en konkret, aktuell situasjon må tåle at bildet av ham blir publisert, vil han ettersom tiden går kunne forsvinne fra offentlighetens lys og da skal han igjen få være beskyttet under det generelle vernet om retten til eget bilde.¹²³

Vilkåret om at interessen må være «allmenn» forutsetter at det må være en generell interesse blant allmennheten for bildet, ikke bare blant en avgrenset eller sporadisk del av befolkningen.¹²⁴ Akkurat hvor stor interessen må være er det vanskelig å angi eksakt, og i det hele tatt må nok vilkåret sees i sammenheng med kriteriet om aktualitet.

Som retten la til grunn i den ovennevnte dommen er vilkårene skjønnsmessige, og det beror på en helhetsvurdering om disse er oppfylt, hvor det da kan «komme inn også andre momenter», jf. dommen på s. 1087. «Andre momenter» kan være bl.a. andre personvern hensyn enn

¹²¹ Se dommen s. 1087.

¹²² *Ibid.* s. 1086.

¹²³ NOU 1996:12 vedlegg 1 «Utredning om personvern ut fra en juridisk synsvinkel», punkt 7.

¹²⁴ Jongers (2006) s. 46.

de som følger av en naturlig tolkning av ordlyden. Følgende uttalelse i dommen tilsier dette:¹²⁵

«Under enhver omstendighet mener jeg at det var uberettiget av Verdens Gang å publisere de fotografier som ble tatt i bakgården. Det viser ham med påsatte håndjern, og særlig det ene av bildene, som er tatt på nokså nært hold, gir et inntrykk av B og hans situasjon som måtte virke sterkt på leserne. Jeg legger også vekt på at fotografiene ble tatt på en fordekt måte fra et vindu i tinghuset, og at B protesterte mot at han ble avbildet i avisen. De to sistnevnte momenter er ikke avgjørende etter ordlyden i § 15, annet ledd nr. 1, men må etter min mening trekkes inn i den helhetsvurdering som skal foretas.»

Høyesterett la her vekt på hensynet til hvordan leserne ville kunne oppfatte situasjonen, at fotografiene ble tatt i skjul og protestene fra B. At disse momentene er av betydning ved vurderingen av kravet om «aktuell og allmenn interesse» følger ikke av en naturlig fortolkning av ordlyden – hvilket retten også påpeker – men dommen gjør det klart at hensyn av ulike karakterer kan spille inn i totalvurderingen.

Videre er det i teorien antatt at det i henhold til det ulovfestede personvernet i norsk rett¹²⁶ kan finnes tilfeller hvor det ikke er tilstrekkelig publiseringsgrunnlag at det foreligger aktuell og allmenn interesse, fordi tungtveiende personvern hensyn tilsier at det må anses utilbørlig å gjengi bildet.¹²⁷

Et ytterligere moment av betydning for helhetsvurderingen er, som nevnt i punkt 2.8.1, om den avbildede personen det gjelder er en offentlig person eller ikke. Forarbeidene til fotografi-loven av 1909¹²⁸, som også inneholdt en tilsvarende bestemmelse som åvl. § 45c, gir en viss veiledning i denne forbindelse. Der ble det lagt til grunn at visse personer, på grunn av sitt daglige virke, «tilhører» samfunnet mer enn andre. Dette kan være offentlige personer som

¹²⁵ Se dommen s. 1087.

¹²⁶ I tillegg til de lovfestede reglene om personvern har vi i Norge et ulovfestet vern. Dette personvernet er domstolskapt, og det relaterer seg til ulike forhold på forskjellige rettsområder. Se NOU 1997:19 s. 36.

¹²⁷ Mæland (1985) s. 203.

¹²⁸ Se Udkast til lov om fotografirett med motiver. Afgivet til Kirke- og Undervisningsdepartementet af den under 29. desember 1906 nedsatte komité. Christiania 1907 s. 13, sitert i NOU 1996:12 vedlegg 1, punkt 7.

politikere og andre samfunnsstopper, musikkartister, idrettsstjerner m.m. Og det er nettopp i situasjoner hvor pressen ønsker å publisere bilder av kjente personligheter at bestemmelsen anvendes oftest. Selv om det nok kan være fristende, særlig for «sladderbladene» å publisere bilder av kjendiser både titt og ofte, er det like fullt en forutsetning at lovreglene blir overholdt.

Det kan selvsagt oppstå «aktuell og allmenn interesse» også i tilfeller hvor det er snakk om i utgangspunktet ukjente personer. Det skjer gjerne i forbindelse med bestemte begivenheter som medfører at «vanlige» mennesker trer inn i offentlighetens lys. På bakgrunn av det ovenstående må det likevel kunne slås fast at terskelen for å anse vilkåret om «aktuell og allmenn interesse» som oppfylt generelt er høyere når det gjelder «menigmannen» enn hva den er for offentlige personer.

3.4 Publisering på avtalegrunnlag

3.4.1 Avtale med fotografen m.m.

Ved siden av lovgrunnlaget er det *avtaler* som etablerer rettsgrunnlag for pressens publisering av fotografier.

Når det gjelder de *fotografiske bildene* inngås avtalene vanligvis med fotografen direkte eller med et bildebyrå. Bildebyråenes funksjon er å være leverandør av fotografier til blant annet media. Byråene har egne ansatte fotografer og/eller de representerer frilansfotografer. I tillegg kan det kjøpes inn bilder eksternt (på kontrakt) ved behov – særlig gjelder dette ved nyhets-hendelser hvor bildebyråene selv ikke har hatt mulighet til å ha fotograf tilstede, eller ved uforutsette hendelser som har dukket opp.¹²⁹

I forhold til de *fotografiske verkene* skjer avtaleinngåelsen hovedsakelig gjennom opphavsrettsorganisasjonen BONO¹³⁰, som forvalter fotografens rettigheter. De henvendelsene BONO

¹²⁹ Jf. e-post fra Jon Eeg, se kildeliste.

¹³⁰ Billedkunst Opphavsrett i Norge (BONO). Organisasjonen forvalter rettighetene til billedkunstnere, og har per i dag (2014) over 2.100 norske medlemmer – både nålevende og rettighetshavere etter avdøde kunstnere. I tillegg representerer den over 75.000 utenlandske opphavsmenn gjennom samarbeid med utenlandske søsterorganisasjoner. Se http://www.bono.no/om_bono/virksomheten/ (25.04.2014).

får er imidlertid først og fremst fra magasiner, bl.a. dagspressens ukemagasiner, ettersom dagspressens bruk av fotografiske verk stort sett er dekket av åvl. § 23a.¹³¹

Avtalene som inngås mellom fotografen (evt. en representant) og pressen skal – som avtaler generelt – regulere de konkrete rettighetene og pliktene til begge parter, og de er underlagt alminnelige regler for avtaletolkning.

Fotoforeningene anbefaler normalt sine medlemmer å gjøre avtalene ved salg av fotografier *skriftlige*, og videre at disse bør være så detaljerte som mulig.¹³² Særlig gjelder dette betingelser som angår bruksrettigheter, for å unngå at det skal oppstå tvil eller uenighet i ettertid.

Selv om fotografene i utgangspunktet står fritt med hensyn til hvilke salgssavtaler de selv ønsker å inngå, herunder å fremforhandle beste mulige betingelser, er det i realiteten store utfordringer knyttet til dette. Det har de senere årene skjedd en endring i arbeidssituasjonen for yrkesfotografene – i negativ retning – hvor ulike momenter spiller inn.

Et moment er at mens yrkesfotografene tidligere konkurrerte om arbeidsoppdragene seg i mellom, møter de i dag konkurranse også fra hobbyfotografer som selger egne fotografier til pressen. Denne utviklingen er en følge særlig av at bruken av mobilkamera og MMS innebærer at «alle og enhver» i dag kan opptre som fotografer. Blant annet oppfordrer avisene sine lesere til å tipse og sende inn bilder om aktuelle nyhetsbegivenheter, og dersom nyhetssaken og/eller bildet publiseres i pressen, mottar leseren en tipshonorar. Det er klart rimeligere for avisene å benytte seg av slike kilder fremfor å betale en profesjonell fotograf i alle tilfeller.

Et illustrerende eksempel på nåtidens utvikling er hvordan den amerikanske storavisen Chicago Sun-Times i fjor sparket alle sine 28 fast ansatte fotografer, for i stedet satse på at journalistene skulle få opplæring i mobilfotografering, samt anvendelse av frilansfotografer. Det samme skjedde deretter hos et annet amerikansk avisnettverk. Og i år fikk samtlige 24 fotografer i avisavdelingen til det britiske konsernet Johnston Press sparken.¹³³ Selv om det av dette ikke kan trekkes noen konklusjon om tilstanden i Norge,

¹³¹ Jf. e-post fra Kristine Farstadvoll, se kildeliste.

¹³² Se f.eks. «En liten rød bok om opphavsrettigheter» utgitt av Fellesorganisasjonen Foto-Norge, se kildeliste (elektroniske artikler).

¹³³ Se <http://e24.no/media/amerikansk-avis-sparker-alle-fotografene/20375756> og <http://www.akam.no/artikler/britisk-mediekonsern-sparker-fotografene/156356> (25.04.2014).

og heller ikke om situasjonen for frilansfotografer, gir det signaler om en nedprioritering av profesjonell fotojournalistikk.

Et annet moment som har ført i retning av en svekket posisjon for yrkesfotografene er etableringen av store – gjerne internasjonale – mediekonsern, som følge av at mange av de mindre mediehusene har blitt kjøpt opp de senere årene. På denne måten har de større konsernene klart å skape seg en enda sterkere posisjon i markedet. Eksempler på slike mediekonsern er Aller Media og Schibsted Media Group, som begge eier noen av Norges største aviser og magasiner, i tillegg til skandinaviske / internasjonale tidsskrift.

De nevnte endringene i markedssituasjonen har bidratt til et ubalansert forhold mellom yrkesfotografene og mediehusene (i rollen som fotografenes oppdragsgivere). Med dette følger en risiko for at media kan bruke sin posisjon på en måte som virker uheldig. En utvikling i den retning synes allerede ved at pressen i større grad setter urimelige betingelser for kjøp av fotografier; f.eks. forbehold om fri bruk av det aktuelle fotografiet innad i hele mediekonsernet.¹³⁴ Det er selvsagt at slike eller andre liknende krav er svært ulønnsomme for fotografene. Men ofte er det ikke noe annet alternativ enn å godta, ettersom konsekvensen av å forsøke å fremforhandle bedre betingelser fort kan bli at mediet velger å finne en fotograf som er villig til å selge bildene sine under de angitte betingelsene.

3.4.2 Samtykke fra den avbildede – generelt

I tillegg til avtale med fotografen, må det i relasjon til personfotografier også innhentes samtykke fra den avbildede personen (med mindre bruken omfattes av noen av unntaksreglene i åvl. § 45c).

Selv om et samtykke er del av det avtalerettslige grunnlaget, vil det i det følgende likevel tales om *innhenting av samtykke* fremfor avtaleinngåelse med den avbildede. Dette fordi åvl. § 45c selv benytter uttrykket «samtykke av den avbildede», og språklig sett er det også mer naturlig med denne begrepsbruken, da det som oftest er snakk om en ensidig aksept til publisering fra den avbildede.

Åndsverkloven angir ingen begrensninger i forbindelse med *å ta* personbilder – kun i forhold til *å publisere* disse. Dermed kan det ikke uten videre legges til grunn av pressen at fotografen

¹³⁴ Jf. samtale med Kjell S. Stenmarch, se kildeliste.

som overdrar fotografiet har klarert bruksområdene med den avbildede, og det er det medium som ønsker å publisere et personbilde sitt ansvar å få avklart om den aktuelle bruken er tillatt. Dette følger av rettspraksis, bl.a. «Tromsø 2018-dommen». Høyesterett uttalte i tilknytning til dette spørsmålet:¹³⁵

«Etter mitt syn må det leggjast føretaket til last at det ikkje forvissa seg om at det var gitt samtykke frå den avbilda til kommersiell bruk, jf. også Rt-1983-637, som gjaldt ei nokså tilsvarande aksemdvurdering.»

Loven oppstiller ikke noe formkrav til samtykket, slik at det må kunne være eksplisitt – skriftlig eller muntlig, eller stilltiende og følge av omstendighetene.

Selv om det ikke er noe krav til form fremgår det av rettspraksis, blant annet kjennelsen inn tatt i Rt. 2001 s. 1691 (Teazer-kjennelsen), at det er den som publiserer et bilde som har bevisbyrden for at det foreligger et *frivillig samtykke*.

«Teazer-kjennelsen» gjaldt spørsmålet om et nettsted av pornografisk karakter (Teazer.tv) urettmessig hadde publisert et bilde av to personer («avbildede») som tidligere hadde deltatt i et reality TV-program. Fotografiet som var publisert på nettsiden var tatt under et moteshow i forbindelse med en butikkåpning. Nettstedet anførte prinsipalt at bildebruken var tillatt etter åvl. § 45c første ledd bokstav a, sammenholdt med ytringsfriheten etter Grl. § 100 og EMK art. 10. Subsidiært ble det anført at det var *gitt samtykke til publisering*, da et samtykke måtte gjelde for bruk i all media, med mindre de avbildede kunne godtgjøre at de hadde reservert seg mot dette. De to avbildede avviste på sin side at publiseringen var omfattet av § 45c første ledd bokstav a, og videre at samtykket til bruk av fotografiet i to kjente ukemagasiner ikke kunne tolkes som et samtykke til å omfatte annen type publisering. I tilknytning til spørsmålet om samtykke uttalte retten:¹³⁶

«Utvalget finner det klart at åndsverkloven § 45c ikke stiller krav om at den avbildede må godtgjøre ikke å ha gitt samtykke til avbildningen.»

¹³⁵ Rt. 2009 s. 1568 premiss 43.

¹³⁶ Se dommen s. 1695.

Høyesteretts uttalelse tilsier at det må stilles strenge krav til dokumentasjon av samtykke når det gjelder bruk av personfotografier.

3.4.3 Samtykke fra den avbildede – rekkevidden og gjenbruk

Selv om det ikke er tvil om at den avbildede har samtykket til publisering, vil det ofte oppstå situasjoner hvor *innholdet* i samtykket må tolkes. Av særlig betydning er en klargjøring av *rekkevidden* av samtykket, herunder spørsmålet om gjenbruk av fotografiet.

Spørsmålet om rekkevidde vil særlig oppstå i tilfeller hvor privatpersoner frivillig lar seg avbilde av pressen. I ettertid kan det da være uklart hvilket bruksomfang den avbildede har samtykket til.

Hva samtykket innebærer må alltid underlegges en konkret fortolkning, men det generelle utgangspunktet må være at rekkevidden av samtykket strekker seg så langt som den bruken den avbildede blir forespeilet når vedkommende blir bedt om å bli fotografert. En forutsetning er i alle tilfeller at samtykket refererer seg til den aktuelle bruken, eller at det ved fotograferingen fremgår klart av omstendighetene at hensikten er at det skal publiseres.¹³⁷

I denne sammenheng reiser det seg også et spørsmål om den teknologiske utviklingen bør medføre at det oppstilles større eller mindre krav til et samtykke. Tidligere ble fotografier kun trykket i avisene, og deretter «forsvant» de fra allmennheten. I dag publiseres det aller meste som trykkes i papiraviser i tillegg på internett – i nettaviser o.l.¹³⁸ Der blir fotografiene i prinsippet liggende i evig tid, og det er også en fare for videre (ulovlig) spredning. I tillegg har bruken av databaserte bilderredigeringsprogrammer skapt en ny situasjon, ved at personer som blir fotografert ikke kan vite om det bildet som blir tatt er det som faktisk blir publisert.¹³⁹

¹³⁷ Merknad skrevet av Jon Wessel-Aas (3. mai 2012), jf. fotnote 3.

¹³⁸ Wessel-Aas (2009) (elektroniske artikler).

¹³⁹ Jordahl (1997) s. 65.

På den ene side taler dette for at det må stilles høyere krav til samtykke,¹⁴⁰ i den forstand at den som ønsker å publisere et personbilde sørger for at det ikke er etterlates noen hos den avbildede hva et samtykke til publisering innebærer.

På den annen side kan det argumenteres for at jo mer bevisste folk blir på hvordan fotografier behandles og at det meste av pressens materiale også publiseres på nettet m.m., jo større krav kan det etter hvert stilles til den enkelte med hensyn til å innse hva et samtykke innebærer.¹⁴¹

Foreløpig er svaret på dette spørsmålet åpent, og antakelig er det heller ikke mulig å oppstille et generelt svar. Dette fordi ulike omstendigheter må antas å være av betydning for pressens aktivitetsplikt; både i relasjon til den avbildedes person – så som alder, mentale tilstand m.m. – og forholdene knyttet til selve presseoppslaget.

Under spørsmålet om samtykkets rekkevidde faller også spørsmålet om gjenbruk av fotografier i andre sammenhenger enn den opprinnelige. Det kan grovt skilles mellom to typetilfeller.

Det ene er hvor pressen publiserer en artikkel som omhandler en person som avisen har fotografert ved en tidligere anledning. I slike tilfeller er det svært vanlig at det samme fotografiet hentes frem fra avisens fotoarkiv og benyttes i tilknytning til den nye artikkelen. Det må antas at en slik bruk i utgangspunktet er omfattet av samtykket, men det må likevel stilles krav til at den nye bruken er lojal. For eksempel vil det være illojalt å publisere bilder som har et komisk preg eller er lite flatterende, selv om bildene kunne publiseres i forbindelse med den opprinnelige hendelsen, fordi de da fremstod som aktuelle.¹⁴²

Det andre typetilfellet knytter seg til gjenbruk av fotografiet i sammenhenger hvor vedkommende ikke har noen tilknytning, og en slik bruk vil kunne være problematisk. Rettens uttalelse i «Teazer-kjennelsen», som er sitert ovenfor i punkt 3.4.2, må rimeligvis kunne tolkes dit hen at det kreves et utvetydig samtykke til annen bruk enn den opprinnelige.

¹⁴⁰ Merknad skrevet av Jon Wessel-Aas (3. mai 2012), jf. fotnote 3.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Jordahl (1996) s. 78.

3.5 Bildekreditering

Til tross for at navngivelsesretten er lovfestet skjer det stadig at pressen utelater fotografens navn.¹⁴³ Hva som er grunnen til dette er uviss, men antakelig beror det ofte på sløvheter fra redaktørenes side. Tendensen er at de store avisene er flinkere enn de mindre til å oppfylle sin plikt til å navngi fotografen. En mulig forklaring på dette er at disse avisene, i større grad enn de mindre, frykter virkningene det kan få dersom det oppdages at de opphavsrettslige reglene ikke etterleveres. Som en ytterste konsekvens kan pressen ved dom få et oppreisnings- eller erstatningskrav mot seg. En slik rettsavgjørelse kan være svært negativ for en avis, både i økonomisk forstand og for avisens renommé.

Som et tiltak fra yrkesfotografene selv for at navngivelsesretten skal respekteres er det vanlig at dette inntas som en egen klausul i salgssavtalene.¹⁴⁴ At dette anses som nødvendig til tross for klare lovregler på området, mener jeg gir uttrykk for en noe nonsjalandt holdning fra pressen til fotografenes arbeid.

3.6 Presseetiske normer

Selv om publisering av et fotografi er rettmessig i henhold til lov eller avtale, og pressen også etterlever reglene som gjelder fotografens ideelle rettigheter, finnes det i tillegg andre *etiske skranker* av betydning.

Vær Varsom-plakaten¹⁴⁵ er i denne sammenheng sentral. Plakaten inneholder presseetiske normer som gjelder for hele den journalistiske prosessen. Under dens fjerde hovedpunkt – «Publiseringsregler» – er det særlig punktene 4.10, 4.11 og 4.12 som er relevante i relasjon til bruken av fotografier:

4.10. Vær varsom med bruk av bilder i annen sammenheng enn den opprinnelige.

¹⁴³ Jf. samtale med Kjell S. Stenmarch, se kildeliste.

¹⁴⁴ Se som eksempel salgsbetingelser under punktet «Kilde» hos Norsk Bildebyrå, tilgjengelig på http://www.norsk-bildebyra.no/Norsk_Bildebyra_Priser.pdf (25.04.2014)

¹⁴⁵ Tilgjengelig på <http://presse.no/Etisk-regelverk/Vaer-Varsom-plakaten> (25.04.2014). Den første plakaten ble vedtatt i 1936 og er senere blitt revidert flere ganger, senest i juni 2013.

4.11. Vern om det journalistiske fotografiets troverdighet. Bilder som brukes som dokumentasjon må ikke endres slik at de skaper et falsk inntrykk. Manipulerte bilder kan bare aksepteres som illustrasjon når det tydelig fremgår at det dreier seg om en montasje.

4.12. For bruk av bilder gjelder de samme aktsomhetskrav som for skriftlig og muntlig fremstilling.

Personer som føler seg krenket av en publisering foretatt av pressen, herunder mener det er begått etiske overtramp i strid med reglene i Vær Varsom-plakaten, har mulighet til å klage saken inn til Pressens Faglige Utvalg. En fellende uttalelse fra PFU skal i henhold til organisasjonens egne vedtekter¹⁴⁶ § 6 blant annet «[...] gjengis snarest mulig, i sin helhet og på godt synlig plass / i relevant sendetid i de medier saken gjelder.» Dette er PFUs eneste sanksjonsmulighet; dersom det aktuelle mediet ikke overholder retningslinjen om å publisere uttalelsen, risikerer den intet annet enn en ny fellende uttalelse fra PFU.¹⁴⁷

Men til tross for at de presseetiske normene ikke er rettslig bindende, gir likevel enkelte av punktene i Vær Varsom-plakaten uttrykk for det som også er gjeldende rett. F.eks. er innholdet i plakaten punkt 4.10 langt på vei sammenfallende med den regel som gjelder om lojal bruk av arkivfoto.¹⁴⁸ Kommende eksempel følger av forarbeider i tilknytning til punkt 4.10¹⁴⁹, men det kunne like gjerne vært et eksempel på hvordan bruken av bilder ikke skal være illojal i henhold til rettsreglene om fotografibruk i pressen:

«Bruk av arkivfoto i aviser eller illustrerende filmklipp i TV-nyheter gir muligheter for manipulasjon av publikum og misbruk av objektet. Men det er brudd på god presseskikk å vise bilde av en smilende ordfører til en sak om sosial nød i kommunen – han smilte sikkert ikke da han ble intervjuet om saken, og skal slippe å bli urettmessig fremstilt som en kald og kynisk person.»

¹⁴⁶ Tilgjengelig på <http://presse.no/Klage-til-PFU/Vedtekter-for-PFU> (25.04.2014).

¹⁴⁷ NOU 2001:12 s. 33.

¹⁴⁸ Se nest siste avsnitt i punkt 3.4.3.

¹⁴⁹ NOU 1996:12 vedlegg 2 «Utredning om personvern fra en journalistisk synsvinkel», punkt 1.

4 Avsluttende kommentar

Fremstillingen viser at det ved bruk av fotografier, i likhet med annet opphavsrettslig beskyttet materiale, er kryssende og til dels motstridende interesser mellom rettighetshavere på den ene siden og allmennheten, herunder pressen, på den andre siden.

Det har vært en oppgave for lovgiverne å forsøke og ivareta alles interesser på best mulig vis ved utformingen av åndsverkloven. På grunn av Norges internasjonale forpliktelser, særlig gjennom EØS-avtalen, har imidlertid lovgiverne hatt visse rammer å forholde seg til ved utviklingen av opphavsrettslovgivningen, men de er samtidig blitt overlatt en stor grad av frihet innenfor de gitte rammene.

Etter min mening har Norge per i dag lykkes med å etablere et balansert forhold i åndsverkloven mellom rettighetshavernes interesse i å ha råderett over egne skaperverk og allmennhetens interesse i å utnytte disse. En slik balanse er helt essensiell for å skape et miljø for de person- og yrkesgrupper som direkte berøres av opphavsretten hvor kreativitet og nyskaping får fritt spillerom, samtidig som det gir et motiv til å tilgjengeliggjøre det som skapes.

For fotografibeskyttelsen tilsier det faktum at det er etablert et vern for også de *fotografiske bildene* at fotografens interesser er tillagt betydelig vekt i norsk opphavsrett. Samtidig gir åndsverkloven også allmennheten store muligheter for utnyttelse av fotografier – både gjennom lånereglene i lovens 2. kapittel, som gjelder for åndsverk generelt og gjennom særreglene §§ 23, 23a og 24, som gjelder for fotografier og kunstverk spesielt.

Men til tross for at lovgivningen gir grunnlag for et balansert forhold mellom fotografen og pressen, synes dessverre en tendens til en svekket posisjon i markedet for fotografene. Situasjonen er tydelig en følge av den stadige utviklingen innenfor teknologien, men også holdninger hos mediehusene er et ytterligere bidrag. I tillegg kan avgjørelsen i «Dung-saken» være en indikasjon i retning av større rettslig frihet for pressen, som i så fall vil ha til følge en svekkelse av fotografens rettigheter. Samtidig kan dommen også være en påminnelse om at pressen tross alt er blant de viktigste kildene til allmennopplysning, og at det generelt ikke er ønskelig med større inngrep i ytringsfriheten enn det som er absolutt nødvendig.

Med hensyn til at dagens markedssituasjon medfører negative økonomiske konsekvenser for yrkesfotografene, mener jeg det er av vesentlig betydning at lovgiverne bidrar til ivaretagelse av både økonomiske og ideelle rettigheter. Dette innebærer at det ikke bør gjøres flere avgrensninger av opphavsrettighetene og de nærstående rettighetene enn slik rettstilstanden er per i dag, samt bevare de tvangslisensbestemmelser som finnes – og i alle fall ikke tilrettelegge for større grad av fri bruk.

Yrkesfotografer er kremmere – de lever av å selge bildene sine, og det vil være nødvendig for en videre produksjon at de får avkastning på investeringer i eget arbeid. Når enkelte politikere har tatt til orde for fri fildeling på internett av materiale som i dag er opphavsrettslig beskyttet, er det nærliggende å tenke at det ikke har vært særlig gjennomtenkt hvilke konsekvenser dette vil kunne medføre. Alle rettighetshavere – fotografer, billedkunstnere, musikere, forfattere, filmskapere, produsenter m.m. – som arbeider på et profesjonelt plan, er avhengige av å få vederlag ved andres utnyttelse av rettighetene for å kunne fortsette sin virksomhet.

Fotografene har selv tatt initiativ til å styrke sin egen posisjon i markedet gjennom etableringen av Fellesorganisasjonen Foto-Norge i 2010, som er en paraplyorganisasjon for per i dag åtte forskjellige fotografforeninger. Dens formål er at: «Foto-Norge skal styrke, utvikle og formidle fotografiets rolle i samfunnet.»¹⁵⁰ Organisasjonen har selv fått tilbakemeldinger om at både profesjonelle fotografibrukere, som f.eks. media, og vanlige forbrukere ulovlig laster ned fotografier fra internett – også fra fotografer som bruker mye ressurser på å sikre fotografiene sine mot ulovlig nedlastning.¹⁵¹ Fellesorganisasjonen ønsker dermed at bl.a. arbeidet med å hindre ulovlig bruk av opphavsrettslig beskyttet materiale skal økes.¹⁵²

Jeg avslutter med et kort sitat som på en treffende - om enn humoristisk – måte kan være et uttrykk for viktigheten av yrkesfotografene og deres arbeid:

«Buying a Nikon doesn't make you a photographer. It makes you a Nikon owner.»

- Kilde ukjent

¹⁵⁰ Se <http://www.foto-norge.no/nyheter/formal/> (25.04.2014).

¹⁵¹ Fellesorganisasjonen Foto-Norge, Innspill til Kulturutredningen 2014. Se kildeliste (elektroniske artikler).

¹⁵² *Ibid.*

5 Kildeliste

5.1 Litteratur

5.1.1 Bøker

Birkmann, Annette og Thomas Maagaard Dyrekjær

Håndbog i ophavsrett. København, 2006

Galtung, Andreas

Fotografiloven med kommentarer. Oslo, 1991

Gisle, Jon

Jusleksikon. Oslo, 2010

Jordahl, Theo

Fotorett i mediene. Oslo, 1996

Knoph, Ragnar

Åndsretten. Oslo, 1936

Lassen, Birger Stuevold

Internasjonal opphavsrett. Oslo, 1995

Rognstad, Ole-Andreas

Opphavsrett. Oslo, 2009

Schønning, Peter

Ophavsretsloven med kommentarer. København, 2008

5.1.2 Artikler

5.1.2.1 Tidsskriftartikler

Bjelke, Harald og Astri M. Lund

Presse og kringkasting – lån av fjernsynsbilder, «døde» og «levende». Vennebog til Mogens Kocktvedgaard, s. 127 (1993)

Bjelke, Harald

Om adgangen til å gjengi fotografier og avbildninger av kunstverk i aviser og tidskrifter. Festskrift til Birger Stuevold Lassen, s. 143 (1997)

Hermansen, Bengt Olav

Det nordiske lovgivningssamarbeidet på opphavsrettsområdet. TemaNord 2000:614, Utvecklingen av det nordiska lagstiftningsamarbetet under inverkan av EU och EES s. 63 (København, 2000)

Holmboe, Morten

«Fotografiloven» – en kommentar. Lov og Rett 1992, s. 503

Holmøyvik, Eirik

Verkshøgdevurderinga for fotografi. Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet, s. 96 (2005)

Jongers, Maria

Retten til eget bilde. Complex nr. 5/2006

Lassen, Birger Stuevold

BERN, TRIPS, EØS OG PHIL COLLINS. Om utenlandske opphavsmenns og fotografers vern etter norsk åndsverklov. Festskrift til Per Stavang, s. 455 (1998)

Lassen, Birger Stuevold

Noe om det fotografiske bilde. Festskrift til Mogens Koktvedgaard, s. 325 (2003)

Mæland, Henry John

Retten til eget bilde og fotografilovens § 15. Lov og Rett 1985, s. 195

Norheim, Lars

Foto- og opphavsrettslig spørsmål ved museene. Norsk museumsutvikling, skriftserie 6/1998

Stenvik, Are

Utviklingen på immaterialrettsområdet i Norge 2008-2010. NIR nr. 6 2010, s. 521

5.1.2.2 Elektroniske artikler

Fellesorganisasjonen Foto-Norge: *En liten rød bok om opphavsretten*.

http://www.foto-norge.no/files/2012/05/EN-LITEN-RØD-BOK_FN6.pdf (25.04.2014)

Fellesorganisasjonen Foto-Norge, Innspill til Kulturutredningen 2014.

http://www.regjeringen.no/upload/KUD/Styrer_raad_utvalg/Kulturutredningen/Foto-Norge.pdf (25.04.2014)

Galtung, Andreas og Jon Bing: *Opphavsrett og arkitekter*.

Tilgjengelig på: <http://www.arkitektur.no/opphavsrett1> («Notat om arkitekter og opphavsrett») (25.04.2014)

Hannemyr, Gisle: *Lommejuss omkring digitale medier*.

http://hannemyr.com/faq/legal_dm.html (25.04.2014)

Jongers, Maria: *Temamøte om opphavsrett og fotografirett*.

<https://www.ub.uio.no/for-ansatte/aktuelt/arrangementer/2013/opphavsrett-ubo-030413-utenbilder.pdf> (25.04.2014)

Norsk Kulturråd: *Fotojuss for arkiv, bibliotek og museum*.

http://kulturradet.no/documents/10157/154222/5087-fotojuss_web.pdf (25.04.2014)

Slettholm, Yngve: *Når åndsverkloven endres*.

Publisert i Kultmag nr.5/2001, og tilgjengelig på:

<http://www.kopinor.no/media/nyheter/når-åndsverkloven-endres> (25.04.2014)

Torvund, Olav: *Hvem har opphavsrett?*

<http://www.torvund.net/index.php?page=hvem-har-opphavsrett> (25.04.2014)

Torvund, Olav: *Opphavsrett – en introduksjon*.

<http://www.torvund.net/index.php?page=opph-innl> (25.04.2014)

Wessel-Aas, Jon: *Bruk av personbilder i media – rettslig oppdatering*.

Publisert i Norsk Redaktørforenings Årbok for 2009, og tilgjengelig på:

<http://www.uhuru.biz/?p=9> (25.04.2014)

5.2 Lovgivning

5.2.1 Norske lover

- 1930 Tidligere åndsverklov av 6. juni 1930 nr. 17 (**opphevet**)
- 1960 Tidligere fotografilov av 17. juni 1960 nr. 1 (**opphevet**)
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

5.2.2 Utenlandske lover

- 1960 Lag om upphovsrätt till litterära og konstnerliga verk (1960:729) (Sverige)
- 2008 Bekendtgørelse af lov om ophavsret nr. 587 av 20. juni 2008 (Ophavsretsloven) (Danmark)

5.2.3 Forskrifter

- 2001 Forskrift til åndsverkloven av 21. desember 2001 nr. 1563

5.3 Konvensjoner

- 1886 Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886
- 1952 Verdenskonvensjonen om opphavsrett av 6. september 1952
- 1961 Romakonvensjonen av 1961 om vern av utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsselskap
- 1994 WTO-avtalen om handelsrelaterte aspekter ved immaterialrettigheter (TRIPs-avtalen) av 15. april 1994
- 1996 WIPO Copyright Treaty av 20. desember 1996

5.4 EU-direktiver

1993/98/EØF	Rådsdirektiv av 29. oktober 1993 om harmonisering av vernetiden for opphavsrett og visse nærstående rettigheter (Vernetidsdirektivet) (opphevet)
2001/29/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (Infosoc-direktivet / Opphavsrettsdirektivet)
2006/116/EF (2011/77/EU)	Europaparlaments- og rådsdirektiv av 12. desember 2006 om vernetiden for opphavsrett og visse nærstående rettigheter (Vernetidsdirektivet). Direktivet ble endret ved Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/77/EU av 27. september 2011.

5.5 Forarbeider

Innst.O. nr. 46 (1994-1995)	Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m
NOU 1987:16	Fotografiretten
NOU 1996:12	Medieombud
NOU 1997:19	Et bedre personvern
NOU 2011:12	Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag
Ot.prp. nr. 26 (1959-60)	Om lov om opphavsrett til åndsverk
Ot.prp. nr. 15 (1994-95)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Ot.prp. nr. 54 (1994-95)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Ot.prp. nr. 46 (2004-05)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

5.6 Rettspraksis

5.6.1 Norsk rettspraksis

Rt. 1953 s. 633	Bedriftsmusikk
-----------------	----------------

Rt. 1995 s. 1948 Diana Ross

Rt. 1987 s. 1082

Rt. 2001 s. 1691 Teazer-kjennelsen

Rt. 2007 s. 1329 Huldre i Kjosfossen

Rt. 2009 s. 265 Memo

Rt. 2009 s. 1568 Tromsø 2018

LG-2013-16862

NIR 1989 s. 381 Heitkøtter

5.6.2 Utenlandsk rettspraksis

Nord.Domss. 1980 s. 330 Barnebilde-dommen (finsk)

NIR 1990 s. 306 Taube-dommen (svensk)

5.7 Nettressurser

Billedkunst Opphavsrett i Norge (BONO). www.bono.no

Fagpressen. www.fagpressen.no

Fellesorganisasjonen Foto-Norge. www.foto-norge.no

Informasjonssentral for opphavsrett og klarering. www.clara.no

Kopinor. www.kopinor.no

Norsk Presseforbund. www.presse.no

World Intellectual Property Organization (WIPO). www.wipo.int/portal/en

5.8 E-postkorrespondanse

Eeg, Jon Fotosjef, NTB Scanpix (04.03.2014)

Farstadvoll, Kristine Juridisk rådgiver i BONO (20.02.2014)

Jensen, Arne Generalsekretær i Norsk Redaktørforening. (12.02.2014)

5.9 Intervjuobjekter

Stenmarch, Kjell S. Pressefotograf. Telefonintervju (11.02.2014)